Die Interessenkonflikte

bei

betrügerischem Abschluss

von

Gesellschaftsverträgen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der k. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Felix Moos

Buchdruckerei Frey, Dr. Karl Höhn, Ulm a. D.

Von der Fakultät genehmigt am 19. Januar 1911 auf Antrag des Referenten **Prof. Dr. Heck,** Rektors der Universität.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547023_0104

Inhalts-Uebersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Der Rechtsschutz des Betrogenen bei den einfachen Rechtsgeschäften.

§ 2. Die Anfechtung nach § 123 B G.B. 5
§ 3. Der weitere dingliche Rechtsschutz des Betrogenen 10
§ 4. Der obligatorische Rechtsschutz des Betrogenen 11

II. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 5. Die Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags 14
§ 6. Anfechtung des Gesellschaftsvertrags bei Gesellschaften ohne Vermögen 16
§ 7. Anfechtung des Gesellschaftsvertrags bei Gesellschaften mit Vermögen 19
§ 8. Die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters . 30
§ 9. Neueintritt eines Gesellschafters 31
§ 10. Anfechtung der Beitrittserklärung zu einem nicht rechtsfähigen Verein 32

III. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer offenen Handelsgesellschaft.

§ 11. Anfechtung der Beitrittserklärung im Aussen- und Innenverhältnis der Gesellschaft 34
§ 12. Die Durchführung des Anfechtungsrechts 42
§ 13. Die Folgen der Anfechtung für das gemeinschaftliche Vermögen 44
§ 14. Die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters . 48
§ 15. Neueintritt eines Gesellschafters 50

IV. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Kommanditgesellschaft.

§ 16. 52

V. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer stillen Gesellschaft.

§ 17. 55

VI. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Aktiengesellschaft.

§ 18. Die Besonderheiten der Aktiengesellschaft 58
§ 19. Die Anfechtung der Aktienzeichnung 61
§ 20. Die Beschränkung der Nichtigkeitsgründe der Aktiengesellschaft . 69
§ 21. Die Anfechtung der einzelnen zur Entstehung einer Aktiengesellschaft relevanten Erklärungen 72

Der obligatorische Rechtsschutz des betrogenen Aktienerwerbers.

1. Die Schadensersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die Aktien-Gesellschaft.
§ 22. a) Des Aktienzeichners 77
§ 23. b) Des Erwerbers von Aktien von Dritten 88
§ 24. c) Des Erwerbers eigener Aktien der Aktiengesellschaft . . . 97
§ 25. 2. Die Bereicherungsansprüche gegenüber der betrügerischen Aktiengesellschaft 106
§ 26. 3. Die weiteren obligatorischen Ansprüche des betrogenen Aktienerwerbers (Haftung aus der Gründung) 107
§ 27. Ansprüche bei betrügerischer qualifizierter Gründung 112
§ 28. Ansprüche bei betrügerischer Erhöhung des Grundkapitals . . 115
§ 29. Ansprüche bei betrügerischer Uebertragung der Aktien . . . 117

VII. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 30. 123

VIII. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Kommanditaktiengesellschaft.

§ 31. 132

Litteratur.

Lehrbücher des bürgerlichen Rechts.

Endemann	I. Band, 8. Auflage 1903
Enneccerus-Lehmann	Das bürgerliche Recht I. Band 1900
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts I. Band 1900
Dernburg	I. und II. Band, 3. Auflage 1906
Windscheid-Kipp	9. Auflage 1906
Schollmeyer	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904
Cosack	2. Band 3. Auflage 1901.

Kommentare des bürgerlichen Rechts.

Hölder	Allgemeiner Teil 1900
Planck	3. Auflage Berlin 1903
Rehbein	Allgemeiner Teil 1899
Staudinger	5/6. Auflage 1910
Fischer-Henle	8. Auflage 1909.

Lehrbücher des Handelsrechts.

Lehmann, Karl	1. Auflage, Leipzig 1908
Cosack, Konrad	4. Auflage, Stuttgart 1898

Kommentare des Handelsrechts.

Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8. Auflage 1906
Staub-Hachenburg	Kommentar zum Gesetze betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dritte Auflage Berlin 1909
Lehmann-Ring	Berlin 1902.
Makower	Dreizehnte Auflage Berlin 1906
Pinner	Das Deutsche Aktienrecht, Berlin 1899
Ritter	Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts. Berlin 1910.

Aufsätze und Monographieen.

v. Thur	in Zeitschrift für Schweizerisches Recht 39. Band, Neue Folge, 17. Band S. 1 ff.
Hellwig	Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899
Knoke, P.	Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1901
Heck	Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Gierke-Festschrift, Weimar 1911
Wölz, Otto	Das Gesellschaftsvermögen nach bürgerlichem Recht und bei der offenen Handelsgesellschaft, Tübinger Diss. 1908
Möhler, Eugen	Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags bei der offenen Handelsgesellschaft, Tübinger Diss. 1907
Marcus	In Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts K. G. Bl. 1899 N. 10
Renaud	Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875
Lehmann, Karl	Das Recht der Aktiengesellschaften (R.A.) Berlin 1898
Gierke	Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887
Simonis	Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach dem neuen H.B.G., Rostocker Diss. 1901
Werner	Die Aktienzeichnung als Grundlage für die Gründung der Aktiengesellschaft.

Materialien, Entscheidungen und Zeitschriften.

Motive und Protokolle zum B.G.B., Amtliche Ausgabe.

Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Hahn-Mugdan 6. Bd. Berlin 1897.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen	(E.R.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes	(R.O.H.G.)
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts	(Jhr. Jahrb.)
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht	(Z. f. H.)
Deutsche Juristenzeitung	(D .J. Z.)
Juristische Wochenschrift	(J. W.)
Leipziger Zeitschrift	(L. Z.)
Das Recht	(R.)
Holdheims Monatsschrift	(Holdh.)

§ 1.

Einleitung.

Zweck der Privatrechtsordnung ist, dem Individuum zu ermöglichen, innerhalb der vom Recht gezogenen Schranken seine Rechtsverhältnisse seinen Interessen entsprechend zu gestalten.

Sie muss daher Bestimmungen enthalten, die verhindern, dass jemand in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt werde, seinen Interessen gemäss zu handeln. Eine solche widerrechtliche Beeinträchtigung liegt vor, wenn die Willenserklärung durch Betrug hervorgerufen wurde. Durch die Täuschung verhindert der Betrüger in widerrechtlicher Weise den Betrogenen seine Massnahmen seinen Interessen anzupassen, indem er die Motive für seine Willensbildung verfälscht. Die Rechtsordnung wird daher die Tendenz haben, die Interessen des Betrogenen in erster Linie zu schützen. Der Umfang dieses Schutzes war im Gemeinen Recht ein geringerer als heute. Die neuere gemeinrechtliche Theorie legte bei der Betrugslehre den Nachdruck auf den Vorgang bei der Willensbildung und hatte als Ausgangspunkt den Satz, dass bei der durch Täuschung hervorgerufenen Willenserklärung noch eine Willenswahl stattgefunden habe und deshalb eine solche Willenserklärung grundsätzlich giltig sein müsse.[1]) Die konsequente Durchführung dieses Gedankens hätte aber das Rechtsgefühl verletzt, weil dann die Rechtsordnung ihre eigene Aufgabe negiert hätte. Dies wurde anerkannt, soweit es sich lediglich um die Beziehungen zwischen Betrüger und Betrogenen handelte. Deshalb erhielt der Betrogene

[1]) Motive I. 204.
Windscheid-Kipp I § 178 S. 402.
Ennecc.-Lehmann § 78 S. 181.

nebst einer Einrede gegen den Betrüger den obligatorischen Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die durch Betrug hervorgerufene Erklärung bestehen würde. Einen dinglichen, auch gegen Dritte, am Betrug Unbeteiligte wirkenden Rechtsschutz, oder auch nur eine Erweiterung des obligatorischen, wie bei der Drohung, hatte der Betrogene nicht. Wenn das gemeine Recht dazu kam, den Betrogenen wenigstens dem Betrüger gegenüber zu schützen, so geschah dies unter Abänderung seines entgegenstehenden Grundsatzes durch die Billigkeitserwägung, dass bei einem Konflikt der Interessen des Betrogenen und denen des Betrügers die ersteren notwendig vorgehen mussten. Diesen Weg der Abwägung der Interessen hat das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Regelung seiner Grundsätze über den Betrug fortgesetzt.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat als Kernpunkt seiner Betrugsgrundsätze den Satz, dass der Betrogene die durch Betrug hervorgerufene Willenserklärung anfechten, d. h. ihre Nichtigkeit herbeiführen kann,[2]) § 123 Abs. 1 B.G.B. Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches gingen dabei weniger von allgemeinen Erwägungen über die Voraussetzungen giltiger Willenserklärungen aus, als davon, dass Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer solchen Willenserklärung auf positiver Anordnung der Rechtsordnung beruhen müsse.[3]) Diese positiven Anordnungen sind, wie sich aus den Motiven und Protokollen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt, geleitet durch den Gedanken gerechter Abwägung der Interessen der an einer durch Betrug hervorgerufenen Willenserklärung Beteiligten. Hiebei stellt auch das Bürgerliche Gesetzbuch die Interessen des Betrogenen an die erste Stelle. Deshalb bedürfen Einschränkungen dieses umfassenden Rechtsschutzes des Betrogenen dringender Gegeninteressen zu ihrer Rechtfertigung.[4]) Auch das Gemeine Recht benützte die Interessenabwägung bei der Betrugslehre. Sie führte dazu, dass im Widerspruch mit dem dort herr-

[1]) Vergl. Motive I. S. 205, 207.

[2]) Vergl. Motive I. S. 204, 206.

[3]) Motive I. 205. Die bindende Kraft der durch Betrug hervorgerufenen Willenserklärung ist nicht etwas natürlich Gegebenes, nicht ein Uebelstand, der tunlichst zu beseitigen ist, sondern die bindende Kraft beruht, wenn sie einer solchen Erklärung zu Teil wird, allein auf der Bewilligung der Rechtsordnung.

[4]) Vergl. Motive I. S. 204 ff.

schenden Grundprinzip doch der Betrogene über den Betrüger siegte. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, von entgegengesetztem Standpunkt fortschreitend,[1]) diese Interessenabwägung sorgfältiger ausgestaltet. Es unterscheidet die Interessenlagen bei empfangsbedürftigen und bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen und differenziiert wieder bei den ersteren sorgsam auf Grund von Billigkeitserwägungen.

Die Tatsache, dass der massgebende Gesichtspunkt bei der Betrugslehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Interessenabwägung ist, ist für das vorliegende Problem von besonderer Bedeutung. Sie weist zugleich auf die Schwierigkeit und die Lösung der Frage hin. Der betrügerische Abschluss von Gesellschaftsverträgen entbehrt der Sonderregelung. Aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind die Vorschriften hierüber zu entnehmen. Dies gilt auch soweit Handelsgesellschaften in Betracht kommen, denn in dem Rechte der Handelsgesellschaften ist ausdrücklich die subsidiäre Geltung der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts bestimmt.[2]) Steht fest, dass bei der Regelung der Anfechtung der einfachen Rechtsgeschäfte die Interessenabwägung der ausschlaggebende Gesichtspunkt war, so muss dies auch bei der Anfechtung der Gesellschaftsverträge der Fall sein. Die Schwierigkeiten dieser Interessenabwägung aber häufen sich, wenn es sich um Gesellschaftsverträge handelt, weil hier mehr mittelbare und unmittelbare Interessen zu berücksichtigen sind. Soll diese Interessenabwägung nicht rein gefühlsmässig sein, so können hiebei nur solche Interessen berücksichtigt werden, die bei der positiven Ordnung der verschiedenen Gesellschaftstypen irgendwie erkennbar Ausdruck gefunden haben.

Die vorliegende Arbeit wird demnach mit der Untersuchung der Interessenregelung bei der durch Betrug bestimmten gewöhnlichen Willenserklärung, wie sie unmittelbar in § 123 B.G.B. vorgesehen ist, beginnen müssen. Die so gefundenen Grundsätze sind dann auf die Anfechtung von Gesellschaftsverträgen zu übertragen und nur soweit abzuändern, als sich dies aus den in den Sondervorschriften ausgedrückten abweichenden Interessenregulierungen

[1]) Ennecc.-Lehmann Seite 181, Motive I. 204.

[2]) E.H. zu H.G.B. a 2.

der einzelnen Gesellschaftstypen ergibt. Da mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Zwecke, die mit den verschiedenen Gesellschaftstypen erreicht werden sollen, diese Interessenregulierung eine völlig auseinandergehende ist, so ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, die Untersuchung bei jedem einzelnen Gesellschaftstyp gesondert zu führen.[1]) Aus dem gleichen Grund wird möglicherweise auch innerhalb desselben Gesellschaftstyps die Untersuchung zu verschiedenen Ergebnissen führen, je nachdem es sich um totale oder partielle Neugründung, Wechsel von Mitgliedern u. s. w. handelt.

[1]) a. A. Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 58 ff.

I. Der Rechtsschutz des Betrogenen bei den einfachen Rechtsgeschäften.

§ 2. Die Anfechtung nach § 123 B.G.B.

Nach dem in der Einleitung Ausgeführten bedarf es in vorliegender Arbeit lediglich der Feststellung, in wie weit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Interessen des Betrogenen geschützt werden. Auf eine Erläuterung des Betrugsbegriffs im Einzelnen kann nicht eingegangen werden.

Der Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches geht dahin:

„Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten." B.G.B. § 123 Abs. 1. Anfechten aber heisst nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dem Berechtigten die Macht einräumen, dem Rechtsgeschäft rückwirkend seine Giltigkeit zu entziehen, also insbesondere auch in der Weise, dass jeder Dritte, an der Täuschung völlig Unbeteiligte, die Ungiltigkeit des wegen Täuschung angefochtenen Rechtsgeschäftes sich gegenüber gelten lassen muss. Durch diesen weitgehenden Schutz stellt das Bürgerliche Gesetzbuch die Interessen des Betrogenen nicht nur über die des Betrügers, was nach dem oben[1]) Ausgeführten selbstverständlich ist, sondern auch über die der allgemeinen Verkehrssicherheit. Es könnte dies auf den ersten Blick befremden, da das Bürgerliche Gesetzbuch die Interessen der allgemeinen Verkehrssicherheit in weitestem Umfang berücksichtigt, jedenfalls viel wirksamer als das gemeine Recht. Man denke hierbei nur an die Bestimmungen der §§ 170—172, 407—409, 793 ff., 892 ff., 932 ff., 1032, 1207, 2353 ff. B.G.B. Doch ist der Zwiespalt

[1]) S. 1.

nur scheinbar. Es wurde schon angedeutet, dass das Bürgerliche Gesetzbuch den Rechtsschutz des Betrogenen verschieden gestaltet, wenn es sich um empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt. Nur für die letzteren gilt der oben erwähnte umfassende Schutz unbeschränkt, während sich für die ersteren aus § 123 Abs. 2 B.G.B. wesentliche Einschränkungen im Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit ergeben. Die Einschränkungen sind um so wichtiger, als die empfangsbedürftigen Willenserklärungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr die Hauptrolle spielen. Weiterhin ist hervorzuheben, dass gerade die angeführten Schutzbestimmungen es ermöglichen, ohne schädigende Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit dem Betrogenen den grundsätzlich durchgreifenden Schutz des § 123 zu gewähren. Sie stellen die Grenze dar des Rechtsschutzes des Betrogenen gegenüber den Interessen der allgemeinen Verkehrssicherheit. Endlich ergibt sich eine wesentliche Einschränkung des Interessenschutzes des Betrogenen aus § 124. Ein zeitlich unbeschränktes Anfechtungsrecht würde die Gefahr hervorrufen, dass der Betrogene auf Kosten des Gegners spekulieren könnte. Es würde aber auch die Verkehrssicherheit bedrohen, dies umsomehr als nach § 123 der Anfechtungsgegner vom Betrug überhaupt keine Kenntnis zu haben braucht. Das Gesetz nimmt die Beschränkung durch 2 Ausschlussfristen vor. Eine relative von 1 Jahr, gerechnet von der Entdeckung der Täuschung ab, und eine absolute von 30 Jahren, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Täuschung läuft. Nach Ablauf dieser Zeit kann für den Betrogenen nur noch ein obligatorischer und Einredeschutz in Betracht kommen. Nach solanger Zeit sollen Unbeteiligte auf keinen Fall mehr durch den Betrug zu leiden haben.

Nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen sind anfechtbar, gleichgiltig, wer den Betrug begangen hat. Für die empfangsbedürftigen Willenserklärungen dagegen ergibt sich aus § 123 Abs. 2 B.G.B. eine erhebliche Einschränkung. Geht die Täuschung von einem Dritten aus, so wird der gutgläubige Erklärungsempfänger geschützt. Gutgläubig aber ist er dann, wenn er die Täuschung weder kannte, noch kennen musste. Es ist schon hervorgehoben worden, dass diese Einschränkung ein Gegengewicht bildet gegen den dinglichen Rechtsschutz des Betrogenen.

Wer Dritter im Sinne § 123 Abs. 2 B.G.B. ist, bedarf im

Hinblick auf den Abschluss von Gesellschaftsverträgen der Klarstellung.

Es ergeben sich Zweifel für den Fall, dass bei einer Mehrheit von Erklärungsempfängern nur ein Teil von ihnen arglistig ist. Heck spricht hier von Partialdolus.[1]) Aus § 139 B.G.B. ergibt sich, dass es hier im Zweifel unzulässig ist, die Willenserklärung für den dolosen Empfänger zu vernichten und für den gutgläubigen aufrecht zu erhalten. Aber die Frage, ob die Anfechtung völlig auszuschliessen oder auch mit Wirkung gegenüber den gutgläubigen Erklärungsempfängern zuzulassen sei, wird durch § 139 nicht entschieden. Heck[2]) gelangt zu dem Resultat, dass hier eine Gesetzeslücke vorliege. In § 123 sei nur an die normalen Fälle gedacht, in denen ein einziger Empfänger der Erklärung dem Betrogenen gegenüberstehe und sucht demnach die Lösung durch Abwägung der Interessen entsprechend den in § 123 ausgedrückten Werturteilen. So kommt er zu dem schliesslichen Ergebnis, dass der gutgläubige Empfänger bei Dolus des Mitempfängers zu schützen sei. Die Annahme einer Lücke scheint indessen durch die Fassung des Gesetzes nicht geboten zu sein. Die Erklärungen, die an mehrere Empfänger abgegeben werden, bilden eine Lebenseinheit. Es handelt sich um eine Erklärung von der einen Seite an die andere, wenn auch auf dieser Seite mehrere Personen stehen. Angesichts dieser Einheit ist der Ausdruck „Dritter", der einen scharfen Gegensatz andeutet, nicht auf einen Erklärungsbeteiligten zu beziehen. Erst der Erklärungsfremde steht der Geschäftserklärung als Dritter gegenüber. Man wird deshalb nach dem Wortlaut unter dem „Dritten" im Sinne des § 123 Abs. 2 einen am Rechtsgeschäft Unbeteiligten zu verstehen haben.

Die hier vertretene Auffassung wird noch gestützt durch die Materialien. In den Motiven I S. 206 zu E. I § 103 Abs. I, der in § 123 Abs. 2 zum Gesetz wurde, ist ausdrücklich hervorgehoben, dass der Grundsatz der unbeschränkten Anfechtbarkeit für den Fall durchbrochen werden sollte, wenn bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung die Beeinflussung von einem „Dritten" ausging, während der „Empfänger der Willenserklärung" bei der Beein-

[1]) Festschrift S. 340.

[2]) Festschrift S. 341.

flussung nicht beteiligt war u. s. w.[1]) Noch deutlicher ist Dritter in Gegensatz gestellt zu den am Rechtsgeschäft Beteiligten in Antrag 2a zu E. I § 103, Protokolle I S. 118. Dieser Antrag wurde zwar nicht Gesetz, aber es geht aus den Protokollen I S. 120 hervor, dass dieser Antrag nur deshalb abgelehnt wurde, weil er auch für die Drohung eine Einschränkung des Anfechtungsrechtes gebracht hätte. Die Beschränkung des Anfechtungsrechtes nach § 123 Abs. 2 tritt demnach nicht ein, wenn der Betrug von einem am Rechtsgeschäft Beteiligten, einem Erklärungsempfänger verübt wurde. In diesem Fall ist nach der Regel des § 123 Abs. 1 die Anfechtung statthaft ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Betrugs seitens der übrigen Erklärungsempfänger.[2])

Auch der Stellvertreter ist am Rechtsgeschäft beteiligt und deshalb kein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2[3]), noch weniger, was hier von Bedeutung ist, das Organ einer juristischen Person. Es folgte dies ausserdem noch aus § 166 Abs. 1 B.G.B., wonach der Vertretene das Geschäft so nehmen muss wie es vom Vertreter abgeschlossen wurde.[4])

Betrug gegen den Vertreter ist Betrug gegen den Vertretenen. Das durch Täuschung gegen den Vertreter beeinflusste Rechtsgeschäft ist also durch den Vertretenen anfechtbar, wenn der Vertreter, falls er das Geschäft in eigenem Namen abgeschlossen hätte, anfechtungsberechtigt gewesen wäre. Eine Einschränkung ergibt sich aus § 166 Abs. 2. Hat im Falle rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen gehandelt, so kann der Vertretene sich nicht darauf berufen, dass der Vertreter durch Täuschung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bestimmt wurde, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.[5]) Hat der Vertretene den Andern, mit dem der Vertreter kontrahierte, getäuscht, so ist das Rechtsgeschäft

[1]) Vergl. E.R. 72, 136.

[2]) So die herrschende Auslegung:
E.R. 62, 188, 72, 136. — R.G. in J.W. 03 Beilage 5 S. 40. — Fischer-Henle § 123 Anm. 7 S. 40. — Staudinger § 123 IV 3a S. 429. — Rehbein §§ 116—124 Bem. I S. 150. — Dernburg I § 147 Anm. 13 S. 494. — v. Thur S. 25 Anm. 3.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 429. — Fischer-Henle a. a. O. S. 70.

[4]) Rehbein §§ 164—166 Anm. I 4b S. 257. — Dernburg I § 146 S. 494 Anm. 15.

[5]) Rehbein §§ 164—181 I 4b S. 257. — Staudinger § 123 IV 3b S. 430.

dem Vertretenen gegenüber anfechtbar, auch wenn der Vertreter die Täuschung weder kannte noch kennen musste, denn der Prinzipal ist in Bezug auf einen in seinem Namen geschlossenen Vertrag nicht „Dritter".[1]) Hat der Vertretene die Täuschung zwar nicht selbst verübt, aber doch gekannt oder schuldhafterweise nicht gekannt und liegen diese Voraussetzungen beim Vertreter nicht vor, so trifft § 123 Abs. 2 Satz 2 zu, der Anfechtung gegenüber dem Vertretenen gestattet.[2])

Der ebenerwähnte § 123 Abs. 2 Satz 2 bezweckt, wie allgemein angenommen wird, eine Erweiterung des Schutzes des Betrogenen.[3]) Er will dem Betrogenen die Anfechtungsmöglichkeit eröffnen für den Fall, dass ein Dritter, der die Täuschung kannte oder kennen musste, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat. Da nach § 123 Abs. 2 Satz 2 eine Verstärkung des Rechtsschutzes des Betrogenen erreicht werden sollte, so kann die Erklärung dem Erklärungsempfänger gegenüber angefochten werden, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste, ohne Rücksicht darauf, ob der durch die Erklärung begünstigte Dritte sie kannte oder kennen musste. Wird in einem solchen Fall angefochten, so wird dadurch das Recht des begünstigten Dritten vernichtet, selbst wenn er schuldlos ist.[4])

Beim Vertrag zu Gunsten Dritter würde sich dies aus § 334 B.G.B. ergeben. Die Anwendung von § 123 Abs. 2 S. 2 auf Verträge zu Gunsten Dritter wird allgemein angenommen,[5]) ausgenommen von Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 286.

---

[1]) v. Thur. S. 25 Anm. 3. — Rehbein Erl. §§ 164 ff. 4b S. 257.

[2]) Vergl. Staudinger § 123 IV 3c S. 430.

[3]) Er wurde in der 2. Lesung der 2. Kommission eingesetzt, veranlasst durch die Kritik von Strohal in Jhr. Jahrb. Bd. 34 S. 347. — Vergl. auch die ursprüngliche Fassung des § 123 Abs. 2 . . . . . „so ist diese Erklärung, so weit das Recht des Dritten reicht, a u c h anfechtbar, wenn der Erwerber die Täuschung kannte oder kennen musste.

[4]) Winscheid-Kipp § 78 B.G.B. II S. 406. — Hölder § 123 5. S. 275. — v. Thur S. 26, Anm. 4. — Staudinger § 123 IV 3 S. 430. — Planck § 123 Anm. 5 S. 224.

[5]) W.-Kipp § 78 B.G.B. Abs. 2 I S. 407. — Hölder § 123 Abs. 5 S. 276. — v. Thur S. 26. — Planck § 123 Anm. 5 S. 224. — Crome § 95 4a S. 431. — Staudinger § 123 IV 3c Seite 430. — Ennec.-Lehrmann § 80 II 2 S. 186. — Dernburg I § 147 V, S. 494.

§ 3. Der weitere dingliche Rechtsschutz des Betrogenen.

Möglicherweise liegen beim betrügerischen Abschluss von Rechtsgeschäften zugleich die Voraussetzungen vor, die gemäss § 119 zur Anfechtung wegen Irrtums berechtigen. Dann stehen dem Betrogenen nach seiner Wahl beide Anfechtungsrechte zu.[1]) Da der Betrogene bei Geltendmachung seiner Rechte aus Betrug einen stärkeren Rechtsschutz geniesst, so wird er, wenn möglich diese Rechte geltend machen. Das Anfechtungsrecht wegen Irrtums gewinnt aber Bedeutung, wenn der Nachweis der arglistigen Täuschung Schwierigkeiten macht, oder aber dann, wenn bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung die Täuschung von einem Dritten ausging und der Erklärungsempfänger die Täuschung weder kannte noch kennen musste. Es mag jetzt schon erwähnt werden, dass die Erwägungen, die bei manchen Gesellschaftstypen dazu führen können, das Anfechtungsrecht des Betrogenen auszuschliessen, im Zweifel auch den schwächeren Rechtsschutz des blos Irrenden verhindern.

Es kann auch vorkommen, dass eine Konkurrenz der §§ 123 und 138 B.G.B. entsteht. Es liegt dann eine Gesetzeskonkurrenz vor, insofern die Anwendbarkeit des § 138 die des § 123 schlechtweg ausschliesst. Dies selbst dann, wenn der Betrogene an der Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes, etwa infolge nachträglich eingetretener Umstände ein Interesse hätte. Der Grund liegt darin, dass in § 138 nicht so sehr die Interessen der an einer Willenserklärung unmittelbar Beteiligten, als die an der gesunden Entwicklung des rechtlichen Verkehrs überhaupt, also Allgemein-Interessen geschützt werden. Allerdings ist ein Rechtsgeschäft nicht schon deshalb ein unsittliches im Sinne des § 138, weil seine Entstehung durch Täuschung einer Vertragspartei beeinflusst worden ist,[2]) wenn aber zu dieser Art des Abschlusses des Rechtsgeschäftes noch besondere Umstände hinzukommen, so können diese im Zusammenwirken mit dem betrügerischen Abschluss den Tatbestand des § 138 begründen. Die etwaige Feststellung, dass das Anfechtungsrecht wegen Betrugs ausgeschlossen ist, lässt dann immer noch die Frage offen, ob nicht trotzdem die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 eintritt.

[1]) Windsch.-K. § 78 B.G.B. II 3 S. 408. — Endemann § 72 Anm. 8 S. 356. — Staudinger § 123 IV 1 S. 428.

[2]) Vergl. Hölder § 123 6d S. 277.

§ 4. Der obligatorische Rechtsschutz des Betrogenen.

Neben dem dinglichen Rechtsschutz des Betrogenen steht in den meisten Fällen ein obligatorischer. Die Grundlage desselben kann sein: Vertrag, unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung. Je nach dem Klagegrund sind Voraussetzungen und Umfang dieses obligatorischen Rechtsschutzes verschieden.

Von praktischer Bedeutung kann der obligatorische Rechtsschutz insbesondere dann werden, wenn die Präklusivfrist des § 124 unausgenützt verstrichen,[1]) der Ersatzanspruch aber noch nicht verjährt ist oder soweit nach erfolgter Anfechtung die nachteiligen Folgen der Täuschungshandlung durch die Nichtigkeit nicht voll beseitigt werden. Für das vorliegende Problem aber liegt die praktische Bedeutung eines obligatorischen Rechtsschutzes vor allem darin, dass bei den einzelnen Gesellschaftstypen Gründe zwar gegen ein weitgehendes dingliches Anfechtungsrecht sprechen und deshalb die Anwendung desselben ausschliessen können, der Anwendung des beschränkteren obligatorischen Rechtsschutzes aber keine Bedenken entgegenstehen.

Will der Betrogene aus dem Vertrag Rechte herleiten, so kann er dies nur, wenn er von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht.[2]) Ob er diese Möglichkeit hat, ist nicht unbestritten, aber wohl zu bejahen,[3]) da der Betrogene an der Aufrechterhaltung des Vertrages ein grosses Interesse haben kann, wenn ihm auch an und für sich Schaden hieraus erwachsen ist. Ein Grund in diesem Falle dem Betrogenen zu verwehren, den Schaden auf den Betrüger abzuwälzen ist nicht gegeben.[4]) Der Schadensersatz umfasst in diesem Falle den Anspruch auf das positive Vertragsinteresse, sofern nach der positiven Ordnung dieses Vertrags-

[1]) Vgl. Staudinger § 113 VI S. 431, dagegen E.R. 63 S. 112.

[2]) Planck § 459 Ia. S. 362, E.R. 49 422.

[3]) Vgl. Dernburg I § 147 VIII S. 495. E.R. 59 S. 157.

[4]) a. A. v. Thur. S. 66, der einen stillschweigenden Verzicht auf Schadensersatzansprüche annimmt. Es ist jedoch Tatfrage, ob Verzicht auf das Anfechtungsrecht zugleich einen Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen enthält. Vgl. W. Müller, Betrug beim Vertragsschluss, Rostocker Diss. 1900 S. 70. E.R 65, 404.

verhältnisses das Gesetz Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, so z. B. § 463 B.G.B.[1])

Der wichtigste Rechtsgrund für die obligatorischen Ansprüche des Betrogenen ist die unerlaubte Handlung. Das Gesetz spricht sich über die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen nicht aus, sie wird aber heute allgemein angenommen. Vor allem wird § 123 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 B.S.B. betrachtet.[2]) Ficht der Betrogene an, so kann ihm immer noch ein Schaden geblieben sein, etwa aus den Vertragsvorbereitungen. Er umfasst dann das negative Interesse. Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses hat der Betrogene in diesem Falle zweifellos nicht, da er durch seine Anfechtung bekundet hat, das Geschäft nicht zu wollen.[3]) Der Betrogene kann auch unter Verzicht auf sein Anfechtungsrecht Schadensersatz aus unerlaubter Handlung geltend machen und ebenso natürlich, wenn er die Anfechtungsfrist aus Versehen unbenützt hat verstreichen lassen.

Der Umfang dieses Anspruchs ist bestritten. Zweifellos ist, dass der Betrogene die Herstellung des Zustandes verlangen kann, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, das ist die Täuschung, nicht eingetreten wäre. Zweifelhaft ist aber, welches dieser Zustand ist. Das R.G. 59, 157[4]) vertritt die Ansicht, dass bei arglistiger Zusicherung der Getäuschte so gestellt werden müsse, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre, denn unter dem Zustande, der nach § 249 Satz 1 B.G.B. herzustellen ist, müsse der Zustand verstanden werden, der durch den Vertrag bezweckt ist und dessen Folge gewesen sein würde, wenn die Erklärungen der Vertragsteile auf Wahrheit beruht hätten. Dieser Standpunkt des Reichsgerichts ist anfechtbar. Wäre die Täuschung nicht vorgekommen, so sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Entweder das Rechtsgeschäft wäre überhaupt nicht, oder unter anderen Bedingungen abgeschlossen worden, oder aber, es

[1]) Vgl. hiezu W.-Kipp § 78 B.G.B. II 5 S. 408.

[2]) Motive I 208, Planck § 123, 7 S. 225. — Rehbein §§ 116—124 III 3 S. 150. — W.-Kipp B.G.B. II 5 S. 408. — Ennec. Lehm. § 82 Anm. 2 S. 187. — Staudinger § 123 VI, S. 431. — Endemann § 72 Anm. 2 S. 354 Crome § 95, 3 S. 429.

[3]) So Dernburg I § 147 VIII S. 495. — Staudinger § 123 VI S. 431. — E.R. 59 157.

[4]) Ebenso E.R. 63, 110. — Dernburg I § 146 VIII S. 495. — Vgl. dagegen Staudinger § 123 VI S. 431.

wäre so erfüllt worden, als ob die zugesicherte Tatsache wahr wäre. Für keine dieser Möglichkeiten spricht eine generelle Wahrscheinlichkeit. Wenn der Betrogene sich auf die letztere Alternative berufen will, hat er sie also zu beweisen, wie alle andern Tatsachen, die den Umfang seines Schadens ergeben. Die Ansicht des Reichsgerichts nimmt unzulässigerweise eine der verschiedenen Möglichkeiten als gegeben an. Es ist also Tatfrage, ob der Betrogene das Erfüllungsinteresse verlangen kann.

Der Betrüger der durch seine Täuschung seinen Gegenstand von dem Betrogenen erlangt hat, ist diesem gegenüber ungerechtfertigt bereichert. Der Betrogene hat deshalb die Rechte der §§ 812 ff., diese Rechte werden durch § 123 nicht berührt.[1])

Der Kreis derjenigen Personen, gegen die sich der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung richtet, kann zweifelhaft sein. So wenn bei verschiedenen, an einem Kontrakt beteiligten Personen eine die Täuschungshandlung begangen oder doch gekannt hat, während die übrigen sie schuldlos nicht gekannt haben, aber doch den Vorteil aus der Täuschungshandlung mitgeniessen. Dieser Fall kann sich gerade bei der Anfechtung von Gesellschaftsverträgen leicht ereignen. Eine allgemeine Regel lässt sich hier nicht aufstellen,[2]) deshalb wird die Untersuchung dieser Frage bis zur Behandlung der Gesellschaftsverträge zurückgestellt. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung haben vor allem deshalb praktische Bedeutung, weil sie zeitlich diejenigen aus unerlaubter Handlung überdauern vgl. § 852 Abs. 2 B.G.B.

Hat der Betrüger auf Grund seiner Täuschungshandlung einen Anspruch gegen den Betrogenen erlangt, so kann dieser ohne zeitliche Beschränkung die Erfüllung verweigern B.G.B. §§ 821, 853. Es wird dadurch die Unbilligkeit vermieden, dass der Betrüger wartet bis die Fristen für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Betruge verstrichen sind und erst nach dieser Zeit den Anspruch geltend macht.

[1]) Staudinger § 123 VII S. 432. — Rehbein §§ 116—124 Erl. III 3e S. 150.

[2]) Vgl. von Thur. S. 24.

II. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 5. Die Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags.

Zwei Eigentümlichkeiten heben den Gesellschaftsvertrag von den sonstigen mehrseitigen Verträgen hervor. Die erste liegt darin, dass sich beim Gesellschaftsvertrag mehrere Personen gegenseitig zur Zusammenlegung von Leistungen verpflichten. Durch dieses Konvergieren der Leistungen unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag von den gegenseitigen Verträgen im technischen Sinn. Diese sind auf Austausch von Leistungen gerichtet. Auch bei ihnen können beliebig viele Personen am Vertrage beteiligt sein, immer aber verteilen sie sich auf 2 einander gegenüber stehende Parteien. Bei dem Gesellschaftsvertrag stehen die mehreren beteiligten Personen zunächst als ebensoviele Parteien nebeneinander, die gerade durch den Gesellschaftsvertrag zu einer Einheit verbunden werden sollen.[1]) Diese Einigung erfolgt durch einen einheitlichen Akt. Jeder Gesellschafter richtet gleichzeitig an alle übrigen Beteiligten die Erklärung mit ihnen zusammen Gesellschafter werden zu wollen.[2]) Soll also die Gesellschaft unter den 4 Personen A, B, C, D errichtet werden, so gibt gleichzeitig A an B, C, D und B an A C D u. s. w. die Erklärung ab, mit ihnen eine Gesellschaft zu begründen. Damit ist der Gesellschaftsvertrag nicht in eine Anzahl selbstständiger Einzelverträge auseinandergerissen,[3]) denn die Erklärungen der einzelnen Gesellschafter sind inhaltlich gegenseitig bedingt. Erklärt A, er wolle Gesellschafter sein zusammen mit B, C, D, so ist klar,

[1]) Vgl. Knoke S. 26.
[2]) Knoke S. 26, Möhler S. 14.
[3]) Hiegegen auch Knoke S. 26.

dass, wenn die Erklärung des A aus irgend einem Grunde nichtig ist, dies notwendig auch mit der Erklärung des B, des C, des D der Fall sein muss, denn ihre Erklärungen sind auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet: die Erklärung etwa des B nur mit C und D Gesellschafter sein zu wollen, wäre eine Erklärung völlig verschiedenen Inhalts. Die Personen der Gesellschafter sind bei dem Gesellschaftsvertrag wesentlich.[1]) Die Konsequenz ist, dass die Nichtigkeit der Erklärung des einen Gesellschafters die Nichtigkeit aller Erklärungen, also des Gesellschaftsvertrags auch unter den übrigen Gesellschaftern herbeiführt. Doch ist dieses Bedingtsein der Erklärungen kein notwendiges in dem Sinne, dass es nicht durch den entgegenstehenden Parteiwillen überwunden werden könnte. Gründe die dafür sprechen würden, dass trotz Vorhandenseins eines Auflösungsgrundes in der Person eines Gesellschafters, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht, werden auch dafür massgebend sein, ob der Gesellschaftsvertrag unter den übrigen Beteiligten zustande gekommen ist. Es wird hierbei sehr viel darauf ankommen, ob die Gesellschaft individualistisch oder kollektivistisch (nicht rechtsfähiger Verein) ausgestaltet werden sollte, auf den Wert den die Beteiligten auf die Mitgliedschaft des Anfechtenden legten u.s.w.[2]) Dieses Ergebnis deckt sich mit der allgemeinen Auslegungsregel des § 139.

Was hier für ein Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags ausgeführt wurde, gilt natürlich auch für den Fall, dass die Nichtigkeit auf Grund erfolgter Anfechtung, insbesondere wegen Betrugs herbeigeführt wurde.

Die zweite Besonderheit des Gesellschaftsvertrags besteht darin, dass dieser Vertrag, sofern für die Gesellschaft überhaupt Vermögen vorgesehen ist, für dieses Vermögen dingliche Wirkungen hat.

Werden Vermögensgegenstände aus dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter der Gesellschaft zugeführt, so werden sie in einer besonderen Vermögensmasse zusammengefasst, die in einer Reihe von Beziehungen rechtlich selbständig behandelt wird, d. h. abweichend von den Gegenständen des übrigen Vermögens der einzelnen Gesellschafter, zu der sie dem Werte nach gehören.

[1]) Vgl. Knoke S. 124, Planck Vorbemerkung III z. 14. Titel S. 72. — Dernburg II 2 § 362. I, S. 628.

[2]) Vgl. Möhler S. 16.

§§ 718—720 B.G.B. Diese Sonderbehandlung ist die unmittelbare Folge des Gesellschaftsvertrags. Diese Trennung der Schicksale des Privatvermögens und des Gesellschaftsvermögens dient den Interessen der Gesamtheit der Gesellschafter, denn durch den Ausschluss der Verfügungsmacht des einzelnen Gesellschafters über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens wird die Erreichung des Gesellschaftszweckes gesichert, gleichzeitig aber auch denen der Gesellschaftsgläubiger. Durch das Zusammenhalten des Gesellschaftsvermögens wird den Gläubigern zum mindesten ihre Befriedigung erleichtert.[1])

Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, ob aus den angeführten Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags die Anfechtung wegen Betrugs beschränkt ist. Da bei den Gesellschaften ohne Vermögen, und solche sind nach dem B.G.B. möglich,[2]) nur ein Teil dieser Besonderheiten in Betracht kommt, so wird bei diesen die Frage einfacher zu beantworten sein.

§ 6. Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei Gesellschaften ohne Vermögen.

Bei Eingehen eines Gesellschaftsvertrages ist die Erklärung einer Person, mit Anderen Gesellschafter werden zu wollen, an sämtliche Mitgesellschafter gerichtet, sämtliche sind Erklärungsempfänger. Besteht die Gesellschaft aus zwei Personen, oder aus mehr als zwei ausser dem Betrogenen, aber nur aus solchen, die am Betruge beteiligt sind, so macht die Anwendung des § 123 B.GB. keine Schwierigkeiten. Das Gleiche gilt nach dem hier Vertretenen, wenn die Gesellschaft sich aus mehr als 2 Personen ausser dem Betrogenen zusammensetzen sollte und nur eine oder einige die Täuschungshandlung verübt haben oder sonstwie am Betruge beteiligt sind. Es findet dann Anfechtung nach § 123 Abs. 1 statt. Dieses Ergebnis, das nach dem oben S. 7 Ausgeführten schon aus

[1]) Vgl. auch § 725 Abs. 2 B.G.B. in Verbindung mit § 733, wonach die Privatgläubiger bei ihrer Befriedigung hinter den Gesellschaftsgläubigern zurückstehen.

[2]) Vgl. insbesondere die stillen Gesellschaften.

§ 123 abgeleitet werden kann, ist für das Gesellschaftsverhältnis doppelt zutreffend. Anfechtung nur mit Wirkung gegenüber den betrügenden Gesellschaftern ist nach der Natur des Gesellschaftsverhältnisses ausgeschlossen. Es kommt nur in Betracht gänzlicher Ausschluss des Anfechtungsrechtes oder Zulassung auch mit Wirkung gegenüber den schuldlosen Gesellschaftern. Ein solcher Ausschluss des Anfechtungsrechtes würde aber den Besonderheiten des Gesellschaftsrechtes nicht gerecht. Der Gesellschaftsvertrag fordert, wenigstens nach dem vom Gesetz vorgesehenen Regelfall, ein dauerndes Zusammenarbeiten der Gesellschafter, das zu persönlicher Berührung der Gesellschafter führt und setzt ein grosses Mass gegenseitigen Vertrauens voraus. Der Gesellschafter muss deshalb bei Begründung des Gesellschaftsverhältnisses noch intensiver als Andere gegen widerrechtliche Beeinflussung bei seiner Interessenwahrung geschützt werden.[1])

Es ist zweifelhaft, ob der Betrogene nach seiner Wahl jedem einzelnen Gesellschafter[2]) oder nur allen Gesellschaftern gemeinschaftlich gegenüber anfechten kann.[3])

Die letztere Ansicht wird richtig sein. Es handelt sich um Anfechtung von Vertragserklärungen. Bei diesen ist nach § 143 Abs. 2 der „andere Teil" Anfechtungsgegner, an den nach § 143 Abs. 1 die Anfechtungserklärung zu richten ist. Waren nun zur Begründung des Vertragsverhältnisses Erklärungen an mehrere Personen erforderlich, wie dies beim Gesellschaftsvertrag möglich ist, so ist es naheliegend, dass man bei der Anfechtung, wo es sich lediglich um Rückgängigmachung des Vertrags handelt, die Gesamtheit der Erklärungsempfänger als „andern Teil" im Sinne des § 143 zu betrachten hat. Zu demselben Ergebnis führt die Berücksichtigung der Interessenlage vor allem bei der Gesellschaft.[4]) Durch die Anfechtung löst der Anfechtungsberechtigte nicht nur sein Verhältnis mit dem dolosen Gesellschafter, sondern notwendigerweise mit allen Gesellschaftern, ja im Zweifel auch unter den übrigen Gesellschaftern. Alle Gesellschafter sind daher gleich-

---

[1]) Vgl. oben S. 1. — Knoke S. 26. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 123 An. 64. — Heck Festschrift S. 343.

[2]) Knoke S. 27.

[3]) So Möhler S. 19.

[4]) Vgl. hiezu Heck Festschrift S. 333.

mässig an der Kenntnis der Anfechtung interessiert. § 143 will aber gerade diese Interessen an der Klarheit über die Rechtslage schützen und stellt diesen Schutz höher als die Erklärungslast des Anfechtenden. Dieser Schutz würde nicht erreicht, wenn man Anfechtungserklärung gegenüber einem der Gesellschafter genügen lassen würde.[1])

Ist durch den Gesellschaftsvertrag einem oder mehreren Gesellschaftern Geschäftsführungsrecht und im Zweifel ebensoweite Vertretungsmacht[2]) eingeräumt worden, so wird sich diese nicht auf die Empfangnahme von Anfechtungserklärungen erstrecken,[3]) da Geschäftsführungsrecht und Vertretungsmacht sich nur auf solche Akte beziehen, welche zur Förderung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, dagegen nicht auf solche, die wie die Anfechtung, die Grundlagen der Gesellschaft betreffen.[4]) Soll das Bestehen des Anfechtungsrechtes im Prozesse festgestellt werden, so ist die Klage nicht nur gegenüber einem der Gesellschafter, vielleicht dem Betrügenden, zu richten, sondern gegen alle Gesellschafter. Sie sind dann notwendige Streitgenossen, weil das Bestehen eines Anfechtungsrechtes nur allen Gesellschaftern gegenüber einheitlich festgestellt werden kann.[5]) Sind umgekehrt mehrere Gesellschafter betrogen worden, so kann jeder Gesellschafter für sich das Anfechtungsrecht ausüben. E.R. 56 424.

Bei der Aktiengesellschaft und den ähnlichen Gesellschaftsformen ist die Geltendmachung von Anfechtungsrechten und Nichtigkeit in einer Reihe von Fällen im Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit von vornherein nur im Wege der Klage möglich.[6]) Eine analoge Uebertragung dieser Vorschriften auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erscheint, wie sich aus der formlosen Zulassung der Kündigung der Gesellschaft nach B.G.B. 723 ergibt, ausgeschlossen.

Hat ein Nichtgesellschafter, also ein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 die Täuschung verübt, so wäre nach dem Wortlaut

[1]) So Heck a. a. O. S. 334.

[2]) Vgl. § 714 B.G.B.

[3]) a. A. Möhler S. 19.

[4]) Vgl. E.R. 52, 161. — Fischer-Henle § 709 An. 1 S. 423.

[5]) Vgl. E.R. 65, 405 und Weismann Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes 1903 I. Bd. S. 468.

[6]) Vgl. §§ 271 ff., 304, 320 Abs. 3 H.B.G.

des § 123 Abs. 2 zur Begründung des Anfechtungsrechtes des Betrogenen zu verlangen, dass sämtliche Mitgesellschafter die Täuschung kannten oder kennen mussten, denn unter dem „anderen demgegenüber die Erklärung abzugeben war" sind sämtliche übrigen Gesellschafter zu verstehen. Indessen wird man auf den Wortlaut des § 123 nicht allzuviel Nachdruck legen dürfen, weil, wie oben S. 17 hervorgehoben wurde, eine so weit gehende Beschränkung des Anfechtungsrechtes mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar ist.

Soweit Bestimmungen vorhanden sind, die das Verhältnis unter den Gesellschaftern verfestigen und gegen Auflösung sichern sollen, sind diese alle bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvermögens zu suchen. Nur bei den Gesellschaften mit Vermögen kommt daher eine Einschränkung des Anfechtungsrechtes in Betracht. Für die Frage, ob die erfolgreiche Anfechtung eines Gesellschafters auch das Gesellschaftsverhältnis unter den übrigen Gesellschaftern zerstört, ist auf das oben S. 15 Ausgeführte zu verweisen.

§ 7. Anfechtung des Gesellschaftsvertrags bei Gesellschaften mit Vermögen.

Der Gedanke an Einschränkungen des Anfechtungsrechtes des Gesellschafters einer Gesellschaft nach B.G.B. ist naheliegend, weil zweifellos bei den Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, und nach Ansicht Mancher auch bei den übrigen Handelsgesellschaften, solche Einschränkungen gegeben sind. Der Grund für diese liegt darin, dass auch bei einer nichtigen Gesellschaft eine tatsächlich einheitliche Vermögensmasse zusammengebracht worden ist, die zur Erreichung des vorgesetzten Zweckes verwendet und einheitlich verwaltet wurde. Es wurden eine Reihe von Rechtsgeschäften im Vertrauen auf die rechtliche Existenz eines Sondervermögens abgeschlossen, deren Folgen sich nicht ohne Weiteres wieder beseitigen lassen.[1]) Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Anfechtung und Nichtigkeit könnte hier für Mitglieder und Dritte schwere Schädigungen herbeiführen. Dieselben Er-

[1]) Vgl. Wölz S. 106. — Hahn-Mugdan VI S. 433.

wägungen kommen auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in Betracht.

Diese Einschränkungen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind in verschiedenem Umfange denkbar. Als Ausschluss oder beschränkte Zulassung der Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe, wie durch Abschwächung der Nichtigkeitsfolgen. Der Umfang der Einschränkungen wird sich nicht zum mindesten nach den Wirkungen richten müssen, die die Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Folge haben würde. Deshalb wird wohl die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen am zweckmässigsten mit einer Darstellung der Nichtigkeitstolgen nach den allgemeinen Grundsätzen beginnen und dann erst die Frage erörtern, ob das Wesen der Gesellschaft eine Abweichung hievon erfordert.

Die nächste Wirkung der Anfechtung des Gesellschaftsvertrages ist, dass sämtliche obligatorischen Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag, also insbesondere auch die Beitragsverpflichtungen rückwirkend hinfällig werden. Rechtsübertragungen, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages an die Gesellschaft erfolgt sind, werden allerdings in den meisten Fällen nicht ebenfalls durch Nichtigkeit oder Anfechtung des Gesellschaftsvertrages nichtig, weil sich der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund auf diese Rechtsübertragungen nicht miterstrecken wird. Für diese bildet der Gesellschaftsvertrag lediglich das Motiv.[1]) Trotzdem wirkt aber die Anfechtung des obligatorischen Gesellschaftsvertrages auch dinglich auf diese Rechtsübertragungen. Dies ist eine Besonderheit des Gesellschaftsrechtes. Stellt sich heraus, dass der Gesellschaftsvertrag nichtig war, so konnte, mangels eines Vertrags nach der herrschenden Lehre, ein Gesamthandsvermögen nicht entstehen, weil dieses einen Gesellschaftsvertrag zur Voraussetzung gehabt hätte.[2])

Die Frage wem bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags das Recht an den nur scheinbar einer Gesellschaft gehörigen Gegenständen zusteht, ist nicht unzweifelhaft. Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Auszuscheiden ist die Annahme, dass mangels des gedachten Berechtigten, die Vermögensgegenstände herrenlos geworden sind.[3]) Da der Wille eines Rechtsverzichtes bei der ge-

[1]) Vgl. Möhler S. 28 ff.

[2]) Vgl. Staub § 133, E.S. 603, Marcus in K.G.Bl. 1899, E.R.O.H.G. 22, 204.

[3]) Vgl. Möhler S. 34.

wollten Rechtsübertragung unmöglich angenommen werden kann, so kann nur in Betracht kommen, ob das Recht beim früheren Berechtigten geblieben, oder an die Gesellschafter gelangt ist. Handelt es sich um entgeltliche Zuwendungen Dritter an die Scheingesellschaft, so ist wesentlich, dass der Dritte kein Interesse daran hat, ob die Gesellschafter den Gegenstand nach Gesamthands- oder nach Bruchteilsrecht erwerben, da dies ja auch für sein aus der Rechtsübertragung hervorgehendes Gegenrecht (Kaufpreisforderung) völlig gleichgiltig ist. Umgekehrt ging auch der Wille der Gesellschafter in erster Linie darauf, das Recht von seinem bisherigen Träger zu lösen und auf sich zu übertragen. In welcher Form das geschieht, ob nach Bruchteils- oder nach Gesamthandsrecht, ist für sie eine lediglich interne Frage, die den Dritten nichts angeht. Man wird deshalb unbedenklich Bruchteilsrecht der Gesellschafter als entstanden ansehen dürfen und zwar gemäs § 742 B.G.B. im Zweifel zu gleichen Teilen.[1]) Bei Uebertragungen von Grundstücken an die Scheingesellschaft ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Die Gesellschaft des B.G.B. kann als solche keine Grundstücke erwerben. Die Eintragung des dem Gesellschaftsvermögen zugeführten Grundstückes muss also auf den Namen sämtlicher Gesellschafter erfolgen, mit einem Vermerk, der das Gesamthandsverhältnis bezeichnet. Ist dieses Gesamthandsverhältnis infolge Nichtigkeit der Gesellschaft nicht vorhanden, so ist dieser Vermerk unrichtig. Tatsächlich besteht Bruchteilseigentum. Jeder Gesellschafter ist durch diesen Vermerk an der Verfügung über seinen Bruchteil verhindert, er hat daher gegen seine Genossen, die buchmässig durch die Aenderung des Vermerks getroffen werden, einen Berichtigungsanspruch. Auch für gemeinschaftliche Forderungen der Scheingesellschaft ergeben sich keine Schwierigkeiten.[2]) Diese stehen nach dem Ausgeführten ebenfalls im Zweifel den Genossen zu Bruchteilsrecht zu B.G.B. §§ 420, 432. Ist an den Schuldner schon Anzeige erstattet worden, dass die Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehört, so ist jeder Gesellschafter gegen seine widerstrebenden Genossen durch § 744 Abs. 2, 2. Satzteil, insbesondere aber durch § 754 2. Satz genügend gesichert.

[1]) So auch Möhler S. 58.

[2]) Vgl. dagegen Wölz S. 113.

Bei unentgeltlichen Rechtsübertragungen Dritter an die Scheingesellschaft wird man darauf abzustellen haben, ob der Dritte bei der Zuwendung mehr die Personen der einzelnen Gesellschafter bedenken, oder die Erreichung des Gesellschaftszweckes fördern wollte. Je nachdem wurden die Gesellschafter Bruchteilsberechtigte oder ist das Recht bei dem Dritten geblieben.

Abweichend von den Leistungen Dritter, sind die schon geleisteten Beiträge der Gesellschafter an die Scheingesellschaft zu behandeln. Der Gesellschafter A, der sich auf Grund des Gesellschaftsvertrags für verpflichtet hält, einen Gegenstand an die Geschaft, A, B, C, D zu übertragen, will dies im Zweifel an die Gesammtheit nicht aber an B, C und D zu einem Bruchteil.[1])

Diese Auslegung begründet sich dadurch, dass die Uebertragung zu Bruchteilsrecht gegenüber dem zu Gesamthandsrecht ein Plus des Vertrauens bedeutet, weil dann jeder Einzelne über seinen Bruchteil verfügen und dadurch den gewollten Gesellschaftszweck vereiteln könnte.

Ein solches weitergehendes Vertrauen ist im Zweifel nicht als vorhanden anzusehen, bei der Gesellschaft des B.G.B. am allerwenigsten, weil hier im Zweifel ein Gesellschafter die Gesamthand auch nicht vertreten darf. Da ein Rechtsverzicht des früheren Berechtigten hier natürlich auch nicht anzunehmen ist, so muss das Recht bei dem Gesellschafter geblieben sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt kein allgemeines Surrogationsprinzip. Deshalb fallen Surrogationen für Gegenstände, die dem Gesellschaftsvermögen zugedacht, rechtlich aber im Vermögen des Gesellschafters verblieben waren, nicht notwendig wieder in sein Vermögen. Ist etwa ein solcher Gegenstand durch Verschulden eines Dritten beschädigt worden und hat dieser der vermeintlich Berechtigten, der Gesellschaft, Schadensersatz geleistet, so werden die Gesellschafter an dem Surrogat nach dem Dargelegten Bruchteilsberechtigte. Der wahre Geschädigte ist auf Kondiktionsansprüche gegen seine Genossen zu verweisen. Zu Gunsten des Dritten greifen die allgemeinen Schutzvorschriften ein, vgl. z. B. § 851 B.G.B. Ebenso liegt der Fall, wenn scheinbar gemeinschaftliche Gegenstände unentgeltlich veräussert wurden bezüglich der Gegenleistung.

[1]) Vgl. Protokolle II S. 430.

Für die passive Vermögensseite ist zunächst hervorzuheben, dass es bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts keine eigentlichen Gesellschaftsschulden gibt, wenn man darunter solche Schulden verstehen will, die für einen Gesellschafter nur kraft seiner Zugehörigkeit zu der Gesellschaft entstehen. Eine dem § 128 H.G.B. analoge Bestimmung fehlt der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Jeder Gesellschafter haftet den Gläubigern mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen und in der Regel auch mit seinem übrigen Vermögen, nur kraft eines besonderen, in seiner Person begründeten Entstehungsgrundes, der von der Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses völlig unabhängig ist.[1]) Er haftet auf Grund eines von ihm persönlich, oder durch einen Vertreter abgeschlossenen Vertrages. Da ein Gesellschafter seine Mitgesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses nicht vertreten kann, so sind, wenn ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, die Mitgesellschafter selbst dann nicht den Gläubigern verhaftet, wenn sie ihr Gesellschaftsverhältnis kundgegeben haben. Es ist für die Gesellschaftsgläubiger die Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses gleichgiltig. Nur wenn die Gesellschafter einem ihrer Genossen Vertretungsmacht erteilt und dies kundgegeben haben,[2]) geniessen die Gläubiger Vertrauensschutz,[3]) dann aber auf Grund der ausdrücklich und nebenher erteilten Vollmacht, nicht auf Grund des hievon unabhängigen, kundgegebenen Gesellschaftsverhältnisses.

Ebensowenig wie eine vertragsmässige Haftung der Gesellschafter lediglich auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft, gibt es eine solche aus unerlaubter Handlung, dies gilt auch für die Haftung aus § 833 B.G.B. und ähnlichen Bestimmungen.[4]) Nach § 833 B.G.B. haften lediglich diejenigen Gesellschafter, die nach den Auslegungsregeln des § 833 als Tierhalter anzusehen sind, es können dies alle oder auch nur einige sein. Ob sie mit ihrem ganzen Vermögen oder nur mit ihrem Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen haften, kann dahingestellt bleiben.

Dasselbe gilt bei ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag.[5])

[1]) Vgl. Fischer-Henle § 714 An 5 S. 427.
[2]) Dies ist nach der Auffassung des Gesetzes nicht der Regelfall §§ 714, 709.
[3]) Vgl. §§ 171 ff.
[4]) Vgl. dagegen Wölz S. 114, der hier besondere Schwierigkeiten sieht.
[5]) Die Haftung des Privatvermögens für Verpflichtungen der Gesellschafter

Die Gesellschaftsgläubiger haben im grossen ganzen demnach kein wesentliches Interesse an der Erhaltung eines Gesamthandsgesellschaftsvermögens. Es besteht lediglich insofern, als bei Existenz eines Gesellschaftsvermögens ihre Befriedigung vor den übrigen Gläubigern der einzelnen Gesellschafter erleichtert ist. Vgl. §§ 725 Abs. 2, 733 B.G.B. mit 859 C.P.O. Ihr Interesse wächst, wenn die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt wurde.[1]) Die beschränkten Interessen der Gläubiger an der Erhaltung des Gesamthandsvermögens haben aber im Gesetz keinen Rechtsschutz gefunden. Die Gesellschafter können durch übereinstimmenden Willen das Gesellschaftsvermögen jederzeit vermindern und auflösen und zwar in beliebiger Form. Es fehlt insbesondere die Einrichtung eines sog. Sperrjahres, sowie eine Bestimmung, wonach im Verhältniss zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften anzuwenden sind, sofern die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Auseinandersetzung vereinbaren. Vgl. H.G.B. 158. Die Kreditbasis für die Gläubiger ist nach der Auffassung des Gesetzes nur die Persönlichkeit des ihnen aus speziellem Rechtsgrund verhafteten Gesellschafters. Nach dem Ausgeführten kann also eine Beschränkung des Anfechtungsrechtes des Betrogenen aus entgegenstehenden Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht begründet werden.

Es müssten also solche der Gesellschafter selbst in Frage kommen. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens besteht in aller erster Linie im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter. Diese können aber jedenfalls nicht zu einem Ausschluss des Anfechtungsrechtes führen, weil ja dann auch alle internen obligatorischen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag, insbesondere die Beitragsverpflichtungen giltig sein und weiterbestehen müssten.

Dieser Ausschluss des Anfechtungsrechtes wäre aber schon deshalb unpraktisch, weil Betrug eines Gesellschafters einen wichtigen Grund zur Kündigung geben kann, wonach dann das Gesell-

aus ungerechtfertigter Bereicherung rechtfertigt sich, weil der Wert des Anteils am Gesellschaftsvermögen und dadurch auch der des Privatvermögens erhöht wird. — Vgl. jedoch Knoke S. 81. — Cosack § 276 II 1b S. 394.

[1]) Nach allgemeiner Auffassung ist dies möglich. Knoke S. 80. — Dernburg II2 § 360 IV S. 627.

schaftsverhältnis total oder partiell (vergl. 723, 737 B.G.B) wenigstens ex nunc. gelöst würde.[1])

Die Frage der Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages beschränkt sich demnach nur noch auf die Untersuchung ob im Interesse der Gesellschafter eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen nach erfolgter Anfechtung einzutreten hat. Dies ist der Standpunkt von Wölz S. 116. Er nimmt an, dass trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages das Gesellschaftsvermögen als ein nach Gesamthandsgrundsätzen zu behandelndes Sondervermögen anzusehen ist, auf das die Liquidationsgrundsätze der §§ 730 ff. B.G.B anzuwenden sind. Kein Zweifel kann darüber bestehen, dass die auf Grund der Anfechtung wegen Betrugs eingetretene Nichtigkeit gleich wie eine primäre Nichtigkeit, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters zu behandeln ist.

Ebenso ist sicher, dass die §§ 730 ff. sich unmittelbar nur auf die Fälle beziehen, in denen ein Auflösungsgrund ex nunc vorliegt. Denn §§ 730 ff. stellen Rechtssätze auf für Fragen, die sich ergeben, wenn bei einer Gesellschaft ein beendigendes Ereignis eingetreten ist. Ist der Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs angefochten, so ist die Konsequenz, dass es nie ein Gesellschaftsverhältnis gegeben hat, (§ 142 B.G.B.). Die für die Auflösung der Gesellschaft gegebenen Vorschriften können deshalb nicht unmittelbare Anwendung finden. Damit ist jedoch der Nachweis für die Richtigkeit der herrschenden Lehre, die hieraus den Eintritt einer Bruchteilsgemeinschaft ableitet, noch nicht geführt. § 741 schliesst die Möglichkeit anderer Gemeinschaften als solcher nach Bruchteilen nicht aus. Er lässt Ausnahmen zu, soweit sie sich aus dem Gesetz ergeben. Eine einschränkende Interpretation anerkennt hienach nur die ausdrücklich im Gesetz hervorgehobenen Fälle.[2]) Man kann indessen weitergehend § 741 auch so auslegen, dass eine Gesamthandsgemeinschaft auch in den Fällen eintritt, in welchen dieselben Gründe wie bei den ausdrücklich im Gesetz erwähnten Gesamthandsgemeinschaften für eine Absonderung des Gemeinschaftsvermögens von dem übrigen Vermögen der Beteiligten sprechen.

[1]) Betrug eines Gesellschafters kann auch für die nicht betrogenen Gesellschafter unter Umständen ein wichtiger Grund zur Kündigung sein. Vgl. B.G.B. § 723.

[2]) Vgl. §§ 705 ff., §§ 1438, 1442, 1471,2, 1483, 1549, 2032 B.G.B.

Die Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft und die anologe Anwendung der Liquidationsvorschriften der §§ 730 ff. wurde durch den Hinweis auf das Wesen der Liquidation bekämpft.[1]) Dies ist jedoch nicht überzeugend. Liquidation im Sinne der §§ 730 ff. ist das gesetzlich geregelte, aussergerichtliche Abwicklungsverfahren für die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens.[2]) Die Regelung jeder Auseinandersetzung einer Gemeinschaft geschieht nach Zweckmässigkeitsgründen. Daher rühren die Abweichungen der Liquidationsvorschriften der verschiedenen Gesellschaften. Wenn deshalb § 730 Abs. 2 vorschreibt: „Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert", so hat dies nur die Bedeutung, dass die Gemeinschaft, die nach Auflösung der Gesellschaft bleibt, zweckmässig als eine Gesamthandsgemeinschaft behandelt werden soll, nicht aber die, dass hiedurch eine Präsumtion aufgestellt wird, dass die Gesellschafter vereinbart haben, nach Auflösung der Gesellschaft noch eine Liquidationsgesellschaft bilden zu wollen. Daraus folgt, dass die Liquidationsbestimmung, die bei Auflösung ex nunc das Eintreten einer Liquidationsgesamthandsgemeinschaft anordnet, mit dem obligatorischen Gesellschaftsvertrag nichts zu tun hat.[3]) Sie kann deshalb auch auf den Fall angewandt werden, in welchem von vornherein kein Vertrag bestanden hat. Das Vorausgehen eines Vertrags kann schon deshalb nicht unbedingt notwendig sein für das Eintreten einer Gesamthandsgemeinschaft, weil das Gesetz in der Miterbengemeinschaft eine vertraglose Gesamthandsgemeinschaft ausdrücklich anerkennt. Charakteristisch ist den Gesamthandsgemeinschaften, dass es sich bei ihnen um Durchführung eines bestimmten Zweckes, des Gesellschaftszweckes, der Zwecke des ehelichen Lebens u. s. w. handelt. Das gemeinschaftliche Vermögen soll die Durchführung dieses Zweckes sichern und ihm erhalten. Darin liegt der Grund für die der Gesamthandsgemeinschaft charakteristische Absonderung des Gemeinschaftsvermögens. Für Gemeinschaften, die mehr auf eine Lösung des Gemeinschaftsver-

[1]) So Marcus K.G.Bl. 99,77.

[2]) Lehmann Lehrb. des Handelsr. § 62,2 S. 322.

[3]) Vgl. Wölz S. 117.

hältnisses als auf dessenZusammenhalt drängen genügt in der Regel die losere Gemeinschaftsform der Bruchteilsgemeinschaft.[1]) Dies würde im vorliegenden Fall für die Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft sprechen. Ein Interesse an der engeren Gesellschaftsform ist aber auch schon dann gegeben, wenn die Auflösung des Gemeinschaftsvermögens ein komplizierter, nicht rasch durchführbarer Vorgang ist, wenn es sich um Auflösung einer grösseren Vermögensmasse handelt, die bisher für einen einheitlichen Zweck verwendet wurde, vor allem auch, wenn das Gemeinschaftsvermögen ausschliesslich oder vorzugsweise für Schulden verhaftet war. Diese Gründe haben es als zweckmässig erscheinen lassen, die Miterbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft zu behandeln. Wölz S. 112 hat aus ähnlichen Zweckmässigkeitserwägungen auch bei der nichtigen Gesellschaft ein Gesamthandsvermögen zu Liquidationszwecken angenommen. Er führt aus: „Die ausserordentlich grossen Verluste bei sofortiger Betriebseinstellung und Einzelverteilung der Gegenstände machen eine Liquidationsauflösung, wie sie in den Liquidationsregeln und den Bestimmungen der §§ 730 ff. aus innerer sachlicher Notwendigkeit heraus gegeben sind, zur zwingenden Notwendigkeit."

Untersucht man im Einzelnen die Analogie der Gemeinschaft bei nichtigem Gesellschaftsvertrag mit der Interessenlage bei der Miterbengemeinschaft und die analoge Uebertragung der §§ 730 ff. B.G.B. so ergibt sich vor allem, dass bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die Gläubigerinteressen die Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft nicht begründen können.[2]) Ferner ist eine analoge Uebertragung der §§ 734 und 735 ausgeschlossen, weil diese auf den Gesellschaftsvertrag verweisen. Auch die Anwendung des § 733 erscheint bedenklich. Nach § 733 sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluss derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern *geteilt* sind.[3]) Der Betrogene müsste demnach einen Gegenstand, der nach allgemeinen Grundsätzen seinem Vermögen verblieben ist, dazu verwenden um eine Schuld seines Betrügers zu decken. Aber auch die unschuldigen Mitgesellschafter haben keinen Anspruch darauf,

[1]) Vgl. Crome II § 286 S. 805.

[2]) Vgl. oben S. 24.

[3]) Vgl. dagegen in § 755: „Haften die Teilhaber als *Gesamtschuldner*..."

dass ein vermeintlicher Gesellschaftsgegenstand in ihrem Interesse zur Schuldentilgung verwendet werde, da ja die Schulden für sie nicht kraft des Gesellschaftsverhältnisses, sondern aus einem in ihrer Person begründeten Umstand entstanden sind.[1]) Wie Wölz selbst zugibt, brauchen noch nicht geleistete Beiträge nicht mehr geleistet zu werden.[2]) Die säumigen Gesellschafter etwa auch der Betrüger, wären damit im Vorteil.[3])

Wohl würde für diejenigen, die die Beiträge schon geleistet haben, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen das Gesellschaftsvermögen entstehen und damit gleichzeitig ein Anspruch gegen sämtliche Gesellschafter. Aber die Feststellung, inwieweit hiedurch auch die einzelnen Gesellschafter bereichert wären, insbesondere wenn die Gesellschaft Verluste gehabt hat, und wenn an Stelle der Beitragsleistungen Surrogate derselben getreten sind, macht nicht weniger Schwierigkeiten, als die Auseinandersetzung nach den allgemeinen Grundsätzen. Zugegeben muss werden, dass durch eine Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen vielfach eine bessere Verwertung des Gemeinschaftsvermögens erreicht werden kann und insofern ein wesentlicher Grund für die Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft unter den Miterben auch hier zutrifft. Dieses Moment ist um so wichtiger, je grösser das Gemeinschaftsvermögen ist, je länger die tatsächliche Gemeinschaft gedauert hat und desto weniger umtauschfähigere Formen das Gemeinschaftsvermögen etwa mit Rücksicht auf einen ganz speziellen Gesellschaftszweck angenommen hat.

Es fragt sich nun, ob dieser Grund stark genug ist bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen als dringende Notwendigkeit zu bezeichnen. Ein solcher Nachweis würde genügen, da das Gesetz selbst die

[1]) Vgl. oben S. 23.

[2]) Wölz S. 118.

[3]) Betrachtet man übrigens die Rechte auf Beitragsleistung als Bestandteile des Sondervermögens, wie dies Wölz S. 112 tut, so wäre es konsequent bei Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft auch eine Giltigkeit der Beitragsverpflichtungen anzunehmen, wenigstens zu Liquidationszwecken. Die herrschende Meinung bestreitet jedoch, dass die Beitragsverpflichtung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ist. — Vgl. Knoke S. 77. — Planck 718 Ia S. 750 und die dort Ziterten a. A. Dernburg II, 2 § 359 I S. 622.

Frage offen lässt. Andererseits müsste aber ein solcher Nachweis geführt werden, wenn die Vermutung des § 741 entkräftet werden soll, wonach mangels besonderer Gründe immer eine Gemeinschaft nach Bruchteilen eintritt. Dieser Nachweis muss um so nachdrücklicher gefordert werden als das Prinzip des Gesamthandsrechts vom Bürgerlichen Gesetzbuch nur in wenigen bestimmten Fällen, nach der Entstehungsgeschichte könnte man fast sagen, versuchsweise, eingeführt wurde. Die Entscheidung ist zweifelhaft. Sicherlich gibt es Gesellschaften (Syndikate, grosse Landwirtschaftsgesellschaften) bei denen man eine solche dringende Notwendigkeit annehmen kann. Andererseits bestehen aber auch Gesellschaften, bei denen die Auseinandersetzung nach den dargelegten allgemeinen Grundsätzen zu keinen grösseren Schwierigkeiten und Verlusten führt als nach Gesamthandsgrundsätzen. Davon kann keine Rede sein, dass die Auseinandersetzung bei Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft, wenn nicht unmöglich, so doch immer schwieriger und verlustreicher sei.[1]) Eine Scheidung der Fälle, in denen Auseinandersetzung nach Gesamthandsrecht und solchen in denen sie nach den allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen hat, ist nicht angängig. Berücksichtigt man, dass die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs normalerweise in kleinen Verhältnissen vorkommt, dass grosse, komplizierte Vermögensverhältnisse, Massenabschluss von Rechtsgeschäften mit Gesellschaftern und Dritten hier selten sind und dass deshalb die Werteinbusse, die durch die Auseinandersetzung der Vermögensmasse nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht kommen kann, hier nur ausnahmsweise grösseren Umfang annehmen wird, so wird man sich der herrschenden Ansicht anschliessen müssen, wonach die Auseinandersetzung nach den allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen hat Man wird umso eher dieser Auffassung beitreten müssen, als, wie festgestellt, die Auseinandersetzung nach Gesamthandsrecht zu erheblichen Härten für die an der Gemeinschaft Beteiligten führen kann. Die Anfechtung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist also, auch wenn Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, unbeschränkt zulässig und ihre Folgen bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

[1]) So Wölz S. 112.

§ 8. Die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters.

Vertragsmässige Ansprüche hat der betrogene Gesellschafter gegen den ihn betrügerisch zum Beitritt zur Gesellschaft bestimmenden Mitgesellschafter, wenn sich die Täuschung auf solche Angaben bezog, für welche eine Haftung durch den Vertrag selbst übernommen werden sollte, also insbesondere auf die Beitragsleistungen.

Der betrogene Gesellschafter kann diese Ansprüche allein geltend machen. Sie können zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses führen.[1]) Vertragsmässige Ansprüche wegen betrügerischer Angaben, die nicht den Vertragsinhalt bildeten, sondern lediglich bei Gelegenheit des Vertragsschlusses gemacht wurden, bestehen dagegen nicht.[2]) Doch ist in einem solchen Falle möglich, dass Betrüger und Betrogener Mitglieder einer Vorgesellschaft waren, die den Abschluss des eigentlichen Gesellschaftsvertrags bezweckte und die falsche Angabe die Vertragsverpflichtungen aus dieser Vorgesellschaft verletzt hat.

Ansprüche aus unerlaubter Handlung hat der Betrogene immer nur gegen denjenigen Gesellschafter, dessen Verhalten den Grund zu der Anfechtungsbefugnis gegeben hat. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen alle Gesellschafter entsteht bei Betrug eines Gesellschafters selbst dann nicht, wenn dieser Vertretungsmacht für die Beitrittsverhandlungen hatte, es sei denn dass für die übrigen Gesellschafter die Voraussetzungen des § 831 B.G.B. zutreffen.[3])

Ueber den Umfang der Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung s. oben S. 11 ff.

Auf die Bedeutung der Ansprüche aus ungerechtfertiger Bereicherung bei Anfechtung von Gesellschaftsverträgen ist schon hingewiesen worden.[4]) Haben die Gesellschafter im Glauben an die Giltigkeit eines Gesellschaftsvertrages eine Sache, die in Wahrheit dem Gesellschafter A gehörte, an den X veräussert, so ist X Berechtigter geworden. Es trifft dann B.G.B. § 816 zu. Die Gesell-

[1]) Vgl. Cosack II § 277 I 4 S. 400. — Knoke S. 34.

[2]) Vgl. E.R. 61, 213.

[3]) Vgl. E.R. 61, 207. Dagegen können sich die oben erwähnten Vertragsansprüche gegen die vertretenen Gesellschafter ergeben. B.G.B. § 278.

[4]) Vgl. oben Seite 13.

schafter sind bei entgeltlicher Verfügung dem A gegenüber auf Grund des § 816 Satz 1, der Dritte im Falle unentgeltlicher Verfügung nach § 816 Satz 2 verpflichtet. Man könnte gegen die Anwendung des § 816 allerdings Bedenken daraus herleiten, dass der wahre Berechtigte selbst mitverfügt habe. Diese erscheinen jedoch nach der selbständigen Ausgestaltung des Vermögens der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht stichhaltig. Der wahre Berechtigte hat nicht in dieser Eigenschaft seine Erklärung abgegeben sondern als Glied der Scheingesellschaft. Dies ist aber eine Erklärung anderen Inhalts. Man kann die Erklärung der Gesamtheit der Gesellschafter an den Dritten nicht dahin zergliedern, dass jeder einzelne Gesellschafter seine Einzelberechtigung an dem Gegenstand an den Dritten abtrete, woraus dann die Konsequenz zu ziehen wäre, dass der wahre Berechtigte sein ganzes Recht abgetreten hätte. Der Einzelne konnte bei Giltigkeit des Gesellschaftsvertrags sein Recht an dem Gegenstand an den Dritten nicht abtreten, auch nicht zu einem Bruchteil, weil ihm ein solches gar nicht zugestanden hätte, bei Nichtigkeit der Gesellschaft ist daher auch seine Erklärung nicht dahin auszulegen. Jedenfalls aber wäre eine analoge Anwendung des § 816 gerechtfertigt, da hier dieselbe ungerechtfertigte Vermögensverschiebung vorliegt, wie sie durch § 816 ausgeglichen werden soll. Der Umfang dieser Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die verschiedenen Gesellschafter ist verschieden, je nachdem sie am Betrug beteiligt waren oder nicht. B.G.B. § 818 ff.

§ 9. Neueintritt eines Gesellschafters.

Der Fall, dass ein Gesellschafter durch Betrug bestimmt wurde, einer schon bestehenden Gesellschaft beizutreten, macht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts keine Schwierigkeiten. Nimmt man an, dass Eintritt eines Gesellschafters totale Neugründung bedeutet,[1]) so liegt überhaupt keine Besonderheit vor. Gibt man dagegen die Möglichkeit einer partiellen Neugründung zu,[2]) so ver-

[1]) So Planeck zu § 736, 2 S. 771. — Knoke 132. — Ennec.-Lehm. § 314 II S. 672.

[2]) Schollmeyer S. 155. — Wölz S. 125. — Dernburg § 362 III S. 630. — Wölz S. 125. — Fischer-Henle § 736 An. 8 S. 439.

ändert sich die Struktur des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags dahin, dass nur eine Erklärung des Neueintretenden an sämtliche Gesellschafter vorliegt, die von diesem angenommen wird, dagegen nicht ebenso viele Beitrittserklärungen und Annahmen als Gesellschafter. Nichtigkeit dieser Erklärung lässt daher selbstverständlich das Gesellschaftsverhältnis unter den übrigen Gesellschaftern bestehen.

Der neue Gesellschafter haftet nach allgemeiner Auffassung für schon vorhandene Gesellschaftsschulden mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, dagegen nicht mit seinem Privatvermögen.[1]) Erfolgt die Anfechtung des Beitritts so bleiben Beitragsleistungen meist Gesamthandsrecht, da der Anfechtungsgrund sich in der Regel nicht mit auf das Uebertragungsgeschäft erstreckt Der Anfechtende ist auf Kondiktionsansprüche beschränkt. Gesellschaftsgläubiger, alte und neue, können sich auch an solche Bestandteile des Gesellschaftsvermögens halten, die aus dem Privatvermögen des Anfechtenden neuen Gesellschafters kamen.[2]) Im übrigen haftet der Anfechtende für Gesellschaftsschulden, die während seiner tatsächlichen Zugehörigkeit zur Gesellschaft entstanden sind nach den allgemeinen Grundsätzen, da er nicht kraft seiner Gesellschaftszuhörigkeit hiefür verhaftet wurde.

10. Anfechtung der Beitrittserklärungen zu einem nicht rechtsfähigen Verein.

In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich der nicht rechtsfähige Verein der Regel nach von der Gesellschaft durch seine kollektivistische Augestaltung, die dann rechtlich ihren Niederschlag darin findet, dass dieser in wesentlichen Punkten der Korporation gleichgestellt ist.

Anfechtung einzelner Beitrittserklärungen wird beim nicht rechtsfähigen Verein nur in den seltensten Fällen das gesamte Vereinsverhältnis auch unter den übrigen Mitgliedern vernichten, sollte dies jedoch ausnahmsweise der Fall sein, so werden die allgemeinen Grundsätze bei Eintritt der Nichtigkeit zweckmässig nicht angewandt

[1]) Dernburg a. a. O. S. 631 und die dort angeführten Entscheidungen. — Schollmeyer S. 155. — Knoke S. 132. — Ennec.-Lehm. § 314 II S. 672.

[2]) Vgl. Fischer-Henle § 736 An. 8. S. 439.

werden dürfen Beteiligt sich jemand an einem nicht rechtsfähigen Verein, so geschieht dies meistens mit einem sehr kleinen Bruchteil seines Vermögens. Die Beiträge bestehen meist in Geld. Der Verein macht hiefür Anschaffungen und bestreitet seine Auslagen. Wäre ein solcher Verein nichtig, so wäre es bei der häufig grossen und vor allem wechselnden Mitgliederzahl unmöglich, festzustellen, welche Gegenstände unbeschränktes Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter geblieben, welche zu Bruchteilsrecht an Mitglieder gekommen sind, welche Mitglieder Bruchteilsberechtigte geworden und wie gross ihre Bruchteile bemessen sind. Es kommt noch hinzu, dass bei der grossen Anzahl der Mitglieder die Verwaltung und Verwertung des gemeinschaftlichen Vermögens nach den §§ 741 ff. B.G.B. fast undurchführbar, jedenfalls aber verlustreich wäre.

Beim nichtrechtsfähigen Verein ist häufig die Haftung den Gläubigern gegenüber auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Auf eine solche Beschränkung konnten sich die Gläubiger unbedenklich einlassen, weil ihre Rechtsverfolgung durch die §§ 50 Abs. 2, 735 C.P.O., 213 K.O. erleichtert ist. Diese Vorschriften könnten aber bei Nichtigkeit alle keine Anwendung finden. Theoretisch wären zwar die Gläubiger nicht schutzlos. Einmal haften die Handelnden persönlich, zwar nicht nach § 54 Satz 2 B.G.B., der hier ebenfalls unanwendbar wäre, wohl aber nach § 179 B.G.B. Aber diese Haftung ist ungenügend (§ 179 Abs. 2 u. 3) und kann infolge Zahlungsunfähigkeit der Kontrahenten wertlos sein. Die Gläubiger müssten dann die einzelnen Mitglieder wegen ihrer Bruchteilsrechte an den Gegenständen des Vereinsvermögens einklagen. Das wäre für diese ein Chikane, die Gläubiger aber würden wegen der Geringfügigkeit und Unbestimmtheit dieser Teile, trotz Vorhandenseins eines ziemlich grossen gemeinschaftlichen Bruchteilsvermögens, vielfach lieber auf Befriedigung verzichten. Es erfordern deshalb hier vor allem die Gläubigerinteressen eine abweichende Regelung der Nichtigkeitsfolgen.

Da hienach die Interessen der Gläubiger ebenso wie die der Gemeinschaftsmitglieder hier viel dringender die Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft verlangen als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so wird die für die Gesellschaft zweifelhafte Frage ob Bruchteilsgemeinschaft oder Gesamthandsgemeinschaft hier bestimmt im letzteren Sinne entschieden werden müssen.

III. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer offenen Handelsgesellschaft.

§ 11. Anfechtung der Beitrittserklärung im Aussen- und Innenverhältnis der Gesellschaft.

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft weist eine viel grössere Zahl von Bestimmungen auf, die ihre Auflösung beschränken, als die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist kein Auflösungsgrund, wenigstens kein unmittelbarer, Erreichung des Zwecks, sowie die Unmöglichkeit seiner Erreichung H.G.B. § 131, eine Kündigung ist nur auf den Schluss eines Geschäftsjahres zulässig und nur mit 6monatlicher Kündigungsfrist H.G.B. § 132, Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters ist erheblich erschwert H.G.B. 135, vorzeitige Kündigung eines Gesellschafters wegen eines wichtigen Grundes bedarf zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung H.G.B. § 133, um das Gesellschaftsvermögen noch bei der Auseinandersetzung straffer zusammenzuhalten, sind bei der Liquidation der Gesellschaft besondere Liquidatoren vorgesehen H.G.B. § 146, besteht die Gesellschaft nur aus 2 Mitgliedern, so ist Ausscheiden eines Gesellschafters und Gesamtübergang des Gesellschaftsvermögens auf den anderen Gesellschafter möglich. Bei den anderen Handelsgesellschaften sind diese Beschränkungen noch grösser. Alle diese Beschränkungen lassen sich in der Hauptsache auf 2 Gründe zurückführen.

Eine Totalauflösung ist für die offene Handelsgesellschaft besonders nachteilig, weil das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich und rechtlich noch mehr als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein geschlossenes Ganzes bildet, das von dem übrigen Ver-

mögen der Gesellschafter streng getrennt ist. Eine Totalauflösung hat hier in der Regel grosse Wertverluste zur Folge, denn die einzelnen Gegenstände, die das Gesellschaftsvermögen ausmachen, wurden zusammengebracht mit Rücksicht auf den Betrieb eines ganz bestimmten Handelsgewerbes, sodass die Gegenstände nur in ihrer Zusammenfassung den vollen Wert erhalten. Dieser Grund besteht in gewissem Umfang auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, er ist aber bei der offenen Handelsgesellschaft viel schwerwiegender, weil es sich hier oft um ganz bedeutende Vermögensmassen handelt. Rechtlich hat das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft fast die Selbstständigkeit einer juristischen Person. Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und zwar auch grundbuchmässige, sie kann aktiv und passiv im Prozess auftreten, in Konkurs fallen u. s. w. Daraus ergeben sich schon für die Auflösung ex nunc eine Reihe von Schwierigkeiten, auf die hier nicht näher einzugehen ist. Es ist klar, dass die Schwierigkeiten wachsen, wenn sich herausstellt, dass von vornherein die Gesellschaft als nichtig zu betrachten ist, der formelle Rechtsträger, offene Handelsgesellschaft, gar nicht existierte. Hier greift vor allem der 2. Grund ein, nämlich der Schutz der Interessen Dritter, der Gesellschaftsgläubiger. Sie müssen Sicherheit haben, ob die Gesellschaft gegründet ist, ob sie noch besteht und wer ihre Mitglieder sind. Sie müssen dies wissen, weil es im Gegensatz zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hier echte Gesellschaftsschulden in dem oben bezeichneten Sinne gibt, d. h. solche Schulden, für die alle Mitglieder lediglich kraft ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft haften. Es ist dies für sie besonders deshalb wichtig, weil bei der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter in weitgehendstem und unbeschränkbarem Umfang, wiederum lediglich auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses, Vertretungsmacht für seine Mitgesellschafter hat. Während also bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes die Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses für die Gesellschaftsgläubiger gleichgiltig ist (vgl. oben S. 23) ist sie bei der offenen Handelsgesellschaft von grösster Bedeutung für dieselben. Diese Interessen haben im Gesetz vielfach Anerkennung gefunden. Es ist hiebei insbesondere zu verweisen auf die §§ 123, 133 H.G.B., überhaupt auf die gesamte durch den Willen der Gesellschafter

unabänderliche Ausgestaltung des Verhältnisses der Gesellschafter zu Dritten.

Dasselbe Bestreben, wirtschaftliche Werte zu erhalten und die Gesellschaftsgläubiger zu schützen, hat dazu geführt, die Nichtigkeitsgründe und Folgen bei der Aktiengesellschaft und ähnlichen Gesellschaftsformen zu beschränken. Ausdrückliche Vorschriften, die die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ex tunc beschränken, enthält das Gesetz nicht. Die Feststellung, dass die Anfechtung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich nach den allgemeinen Grundsätzen richtet, macht eine besondere Untersuchung für die offene Handelsgesellschaft nicht überflüssig, weil, wie schon angedeutet, in einer Reihe hier wesentlicher Punkte Abweichungen von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vorhanden sind. Auf Grund allgemeiner Erwägungen sind Theorie und Praxis ganz allgemein wenigstens den Interessen der Gesellschaftsgläubiger entgegengekommen. Bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes behandelt sie die offene Handelsgesellschaft im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als ungiltig, dagegen der tatsächlichen Wirkung nach als giltig, soweit es sich um Beziehungen der offenen Handelsgesellschafter zu Dritten handelt. Diese Scheidung der Nichtigkeitsfolgen im Aussen- und Innenverhältnisse ist bei den Handelsgesellschaften ein naheliegender Gedanke. Er findet sich auch sonst vielfach bei ihrer rechtlichen Ausgestaltung. Man vergleiche die scharfe Scheidung von Vertretungsrecht und Geschäftsführungsrecht, Beginn der Gesellschaft, Schuldenverhältnisse nach aussen und nach innen. Der Grund dieser Scheidung liegt immer darin, dass die Sicherheit des Verkehrs vielfach eine so elastische Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, wie sie im Innenverhältnis notwendig ist, nicht ohne Schädigung erträgt.

So hat man in vorliegender Frage festgestellt, dass auch das Inverkehrtreten einer offenen Handelsgesellschaft sich in zwei Einzelvorgänge zergliedern lässt.[1]) Der erste, interne Vorgang ist die Vereinbarung des Gesellschaftsvertrags. Aus der Natur der offenen Handelsgesellschaft als Aussengesellschaft folgt, dass zum Abschluss

[1]) Vgl. Cosack Lehrbuch des Handelsrechts § 106 S. 529. — K. Lehmann Lehrbuch des Handelsrechts § 56,3 S. 291. — Makower § 123 IV b S. 320. — Staub § 123 An. 1 S. 460. — Ritter § 123 An. 6 S. 167. — So insbesondere auch Wieland Z. f. H. 64 S. 78.

dieses Vertrags als weiterer Gründungsakt hinzukommen muss, die Deklaration des Gesellschaftsverhältnisses an die Aussenwelt, das Hervortreten unter gemeinschaftlicher Firma.[1])

Es wird heute ganz allgemein die rechtliche Selbständigkeit dieser 2. Erklärung anerkannt. Es gilt der Satz: Wenn auch zur Begründung einer offenen Handelsgesellschaft beide Gründungsvorgänge, also Gesellschaftsvertrag und Kundgebung desselben notwendig sind, so hat doch die Kundgebung auch bei Fehlen eines Gesellschaftsvertrags grundsätzlich die Wirkung, dass die Kundgebenden den Adressaten der Kundgebung gegenüber wie offene Handelsgesellschafter haften. Dieser Satz ist allerdings nirgends gesetzlich festgelegt. Infolge einer ständigen Rechtssprechung in diesem Sinne, insbesondere des Reichsgerichts und der ganz überwiegenden Ansicht der Litteratur, hat er aber dieselbe Autorität, wie ein gesetzlich festgelegter Rechtssatz, so dass für vorliegende Arbeit eine Begründung nur soweit erforderlich erscheint, als dies für seine Auslegung und für die Ableitung seiner Konsequenzen notwendig ist.[2])

Die Kundgebung, offener Handelsgesellschafter zu sein, ist für den Verkehr von ausserordentlicher Wichtigkeit. Die Gründe wurden schon hervorgehoben, vgl. S. 35.[3])

[1]) Vgl. §§ 105, 123 H.G.B.

Es ist unzutreffend, wenn Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 69 die Notwendigkeit der Kundmachung des Gesellschaftsverhältnisses als eine Besonderheit der Handelsgesellschaften ansieht und diese damit erklärt, dass das Vermögen der Handelsgesellschaften Träger von selbständigen Rechten und Pflichten sei und daher der Staat die Entstehung solcher Handelsgesellschaften nur unter der Bedingung gestatten könne, dass die Gesellschaft sich öffentlich über ihr Gesellschaftsvermögen, bezw. über die Haftung ihrer Mitglieder für die Gesellschaftsschulden ausweise. Wieland ist hiedurch auch gezwungen, das völlig formlose Inverkehrtreten einer offenen Handelsgesellschaft als Erfüllung einer Normativbestimmung zu betrachten, a. a. O. S. 69, vgl. unten.

[2]) Staub Excurs zu § 5 S. 79 und insbesonders die dort angeführten Entscheidungen, ferner Staub § 123 An. 9—12 S. 461. — Makower § 123 IVb S. 320. — Lehmann-Ring § 105 An. 1 S. 221. — Ritter Vorbemerkung zu § 8 S. 18. — Cosack § 116 2 S. 529. — Möhler S. 36 ff. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 59 ff. — De lege lata zweifelnd, Ehrenberg Jhr. Jahrb. Bd. 47 S. 336.

[3]) Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 66 ff. begründet diese mit der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens der Handelsgesellschaften und will hiedurch beweisen, dass die Haftung aus der Kundgebung trotz Nichtigkeit des Gesellschafts-

Wer aber für den Rechtsverkehr so erhebliche Erklärungen abgibt, muss seiner Erklärung entsprechend haften, gleichgiltig, ob das Erklärte wahr ist oder nicht.[1])

Die gegenteilige Auffassung würde die Sicherheit des Verkehrs, wie Treu und Glauben im Verkehr verletzen. Dadurch würde aber gegen die in den §§ 133, 157, 242[2]) B.G.B. festgelegten Grundsätze verstossen werden.

Wer sich zur Begründung auf die §§ 171 ff. B.G.B. beruft[3]) und diese hier analog anwenden will, weicht im Grunde genommen von Vorstehendem nicht ab, weil sich die §§ 171 ff. B.G.B. als ausdrücklicher Anwendungsfall des erwähnten allgemeinen Rechtssatzes erklären lassen.[4])

---

vertrags eine Besonderheit der Handelsgesellschaften sei. Dies ist jedoch nicht zutreffend, denn auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat ein verselbständigtes Gesellschaftsvermögen. Der Grund für die Wichtigkeit der Kundgebung für die Gläubiger besteht nicht darin, dass den Gläubigern einer offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen vorweg, d. h. mit Ausschluss der Privatgläubiger verhaftet ist (vgl. Wieland a. a. O. und derselbe Z. f. H. Bd. 67 S. 15) denn auch die Gläubiger einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts brauchen den Zugriff der Privatgläubiger nicht sehr zu fürchten (vgl. oben S. 24). Der Grund liegt vielmehr darin, dass bei der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts jeder Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses seine Mitgesellschafter verhaften kann (vgl. oben S. 35).

[1]) Vgl. insbesondere Staub Excurs zu § 5 An. 1 S. 79. — Lehmann-Ring § 5 An. 1 S. 221. — Wieland Z. f. H. Bd. 67 S. 17. — Leist, Archiv f. Zivilist.-Praxis Bd. 102 S. 278 der von einer „verantwortlichen Erklärung" spricht.

[2]) Dass die §§ 157, 242 B.G.B. nur von Verträgen sprechen, schliesst nicht aus, dass es sich um allgemein giltige Grundsätze des bürgerlichen Rechts handelt. — Vgl. dagegen Ehrenberg in Jhr. Jahrb. Bd. 47 S. 337.

[3]) So Möhler S. 51 ff. — Makower § 123 IVa S. 319.

[4]) Vgl. Motive zum B.G.B. I S. 237. — Wiemer Z. f. H. XXIV S. 455 ff. — Möhler a. a. O. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 72 sieht den Haftungsgrund des Pseudogesellschafters darin, dass er die Erklärung abgebe, ein selbständiges Gesellschaftsvermögen ins Leben zu rufen. Er bezeichnet diese Kreierung eines selbständigen Gesellschaftsvermögens als konstitutiven Rechtsakt. Darin liegt aber nicht, wie Wieland behauptet, eine Abweichung von der Ansicht die den Haftungsgrund des Erklärenden in den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr findet, a. a. O. S. 76 An. 19, denn auch aus der Erklärung ein selbständiges Vermögen zu begründen, kann in Ermanglung positiver Vorschriften, wie etwa bei der Stiftung, ebenso wie aus der, offener Handelsgesellschafter sein zu wollen, eine Haftung nur deshalb hergeleitet werden, weil Treu und Glauben im Verkehr verlangt, dass der Adressat der Erklärung sich auf die Giltigkeit des Erklärten

Liegt nun in den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr die ausschlaggebende Begründung des Satzes, so muss, da zur Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft eine Eintragung in das Handelsregister nicht erforderlich ist, gleichgiltig sein, in welcher Form die Kundgebung erfolgt. Sie kann also auch völlig formlos geschehen. Der Umstand, dass die Erklärung an die Aussenwelt im konkreten Fall durch Eintragung ins Handelsregister abgegeben wurde, mit oder ohne nachfolgende öffentliche Bekanntmachung, hat deshalb für den Fall der nichtigen Gesellschaft lediglich die Bedeutung, dass hier „ein besonders markanter Anwendungsfall" des festgestellten Prinzips vorliegt.[1]) Bezweckten jedoch die Gesellschafter den Betrieb eines unter § 2 H.G.B. fallenden Gewerbes, so durfte sich der Rechtsverkehr auf die formlose Kundgebung nicht verlassen. Hier tritt die Haftung der Kundgebenden nur ein, wenn die offene Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen war, in diesem Fall aber auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs angefochten wurde.[2])

Es sind noch einige Einschränkungen zu machen, die sich aus der Begründung des Rechtssatzes ergeben. Da die Haftung eines Gesellschafters gegenüber Dritten deshalb besteht, weil er nach Treu und Glauben im Verkehr an seine Erklärung gebunden ist, so kann eine Haftung nicht eintreten, wo das Verhalten des Dritten und die Erklärung des Gesellschafters nicht in ursächlichem Zusammenhang stehen. Dies wird im Allgemeinen der Fall sein bei Verpflichtungen aus einer unerlaubten Handlung eines Gesellschafters.[3]) Ist die nicht bestehende Handelsgesellschaft in das

verlassen kann. Die Erklärung der Haftung der Kundgebenden mit Hilfe der Annahme eines Konstitutivaktes ist also zum mindesten überflüssig. Sie ist aber auch sonst nicht glücklich. Denn es ist die Annahme naheliegend, dass nicht schon die Erklärung ein selbständiges Gesellschaftsvermögen ins Leben rufen zu wollen, sondern erst die Tatsache, dass ein selbständiges Gesellschaftsvermögen geschaffen wurde, die Haftung nach aussen begründet.

[1]) Vgl. Staub Excurs zu § 5 H.G.B. Anm. 2 S. 80. — So auch Wieland Z. f. H. 64 S. 79.

[2]) Vgl. Lehmann-Ring § 123 Anm. 1 S. 257. — a. A. Staub § 123 Anm. 17 S. 463.

[3]) Hiebei ist zu beachten, dass eine Haftung der offenen Handelsgesellschafter für Delikte ihrer Mitgesellschafter überhaupt nur eintritt, wenn das Delikt in Ausführung der diesem zustehenden Verrichtungen begangen wurde. — Staub § 126 An. 4 S. 478.

Handelsregister eingetragen worden, so ergeben sich weder durch § 15 H.B.G., noch durch § 5 H.G.B. Abweichungen, denn § 15 H.B.G. setzt eine einzutragende Tatsache voraus, solche gibt es aber bei einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft nicht. § 5 dagegen schliesst 2 ganz bestimmte Einwendungen aus[1]) und kommt nur in Betracht, wenn mindestens ein Gewerbe schon betrieben wurde. Auch § 123 H.G.B. sagt für die vorliegende Frage nichts, weil dort eine im Innenverhältniss giltige offene Handelsgesellschaft vorausgesetzt ist.

Hat der Dritte gewusst, dass der Gesellschafter durch Betrug bestimmt wurde einer Gesellschaft beizutreten, so kann er sich auf die Erklärung an die Aussenwelt nicht berufen. Ganz selbstverständlich ist dies, wenn der Dritte selbst der Betrüger war. Dies ergibt sich aus den Regeln über Treu und Glauben im Verkehr, insbesondere aber aus § 826 B.G.B., dagegen nicht aus § 123 Abs. 2 Satz 2 B.G.B., denn aus dem Beitritt einer Person zu einer Gesellschaft hatte der Dritte nicht unmittelbar ein Recht erworben, sondern aus der weiteren Erklärung an die Oeffentlichkeit oder ihn speziell, offener Handelsgesellschafter sein zu wollen. Es wird sich dann meist der Betrug auch auf diese weitere Erklärung miterstrecken und es wirft sich dann die Frage auf, ob eine solche Kundgebung anfechtbar ist.[2])

Hat der Dritte nach der Gründung der Gesellschaft erfahren, dass jemand durch Betrug zum Beitritt bestimmt wurde, so durfte er auf die Erklärung an die Aussenwelt nicht vertrauen. Der Kundgebende haftet also diesem nicht.[3]) Staub vertritt eine andere Ansicht.[4]) Man wird jedoch Staub nur soviel zugeben dürfen, dass dem Dritten der Gegenbeweis gestattet ist, dass der Gesellschafter trotz seiner Kenntnis von der Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrags ihm gegenüber als offener Handelsgesellschafter habe auftreten wollen. Zweifelhafter ist es, wenn der Dritte den betrügerischen Abschluss des Gesellschaftsvertrags zwar nicht erfahren hat, aber bei Anwendung von Sorgfalt hätte erfahren müssen. Hier spricht gegen den Schutz des Dritten, dass sein Vertrauen auf seinem

[1]) Nämlich den Einwand, dass ein betriebenes Gewerbe kein Handelsgewerbe oder ein Minderhandelsgewerbe sei. — Vgl. Möhler S. 54.

[2]) Vgl. hierüber unten § 13.

[3]) Vgl. R.G. in J.W. 98, 163.

[4]) § 123 Anm. 10—12 S. 461.

eigenen Verschulden beruht und schliesslich noch § 173 B.G.B. der in analoger Rechtslage dem fahrlässigen Dritten keinen Schutz gewährt. Diese Gründe werden jedoch schwerlich stichhaltig genug sein, um hier Fahrlässigkeit des Dritten seinem Dolus gleichzustellen. Es kann dem Handelsverkehr unmöglich zugemutet werden, die internen Verhältnisse der Gesellschaft zu prüfen, um so weniger, da ihm in den meisten Fällen eine solche Prüfung unmöglich wäre.

Da die Kundgebung zeitlich dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags nachfolgt, der letztere aber die Rechte und Pflichten der Gesellschafter schon fest bestimmt, so geniessen auch die unschuldigen Gesellschafter aus der Kundgebung keinen Vertrauensschutz. Diese war nur an die Adresse der Gläubiger gerichtet. Aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags einer offenen Handelsgesellschaft ergibt sich aber ebenfalls kein Grund, die Zulassung der Anfechtung zu beschränken. Im Gegenteil sprechen hier die bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts angeführten Gründe mit doppeltem Gewicht für die Zulassung der Anfechtung, da die offene Handelsgesellschaft noch dringender als die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein unerschüttertes Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern voraussetzt. Es ist deshalb auch hier die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags mit Wirkung gegenüber den unschuldigen Gesellschaftern zulässig und gegenüber der Klage der Gesellschaft auf Leistung der Beiträge dem Betrogenen die exceptio doli gegeben.

Ein Zustand, wonach jemand auf Grund einer nicht den wirklichen Verhältnissen entsprechenden Erklärung Dritten gegenüber verhaftet ist, ist ein seiner Natur nach vorübergehender. Er drängt auf Beseitigung des Haftungsgrundes oder seine Legitimierung. Die Beseitigung erfolgt dadurch, dass die Kundgebung in derselben Weise widerrufen wird, wie sie erfolgt. Man kann dies auf eine Analogie der §§ 171 ff. B.G.B. stützen.[1]) Erfolgte die Kundgebung durch Eintragung ins Handelsregister, so gibt § 142 Fr.G.G. eine Handhabe zur Beseitigung des Eintrags.[2]) Die analoge Anwendung des § 173 B.G.B. erscheint jedoch nur möglich mit der oben erwähnten Einschränkung auf die Kenntnis des Dritten von dem Mangel der Kundgebung. Hievon ist der Fall zu unterscheiden, dass die Erklärung an die Aussenwelt wirksam widerrufen wurde,

[1]) So Möhler S. 58.
[2]) Vgl. Möhler S. 59.

der Widerruf aber dem Dritten unbekannt geblieben ist. Der giltige Widerruf wirkt gegenüber dem Dritten in allen Fällen. Eine Legitimierung der Erklärung tritt ein, wenn der Gesellschaftsvertrag unanfechtbar geworden ist, dies ist möglich durch seine Bestätigung, wie durch sonstige Ausschlussgründe des Anfechtungsrechts. Vgl. oben §§ 2 und 3. Es wird der Billigkeit entsprechen in Analogie des § 159 H.G.B. eine kurze Verjährungsfrist von 5 Jahren (im Höchstfalle) zu bestimmen für die Ansprüche der Gläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter. Da aber die Gesellschafter nicht immer die Möglichkeit haben, die Nichtigkeit der Gesellschaft im Handelsregister zum Ausdruck zu bringen, so muss die Frist von dem Zeitpunkt an laufen, in welchem die Gesellschafter ihre Kundgebung widerrufen haben. Die Frist kann also für die verschiedenen Gesellschafter, wie für die Gläubiger zu verschiedenen Zeiten ablaufen.

§ 12. Die Durchführung des Anfechtungsrechts.

Es kommt in Betracht Anfechtung der Kundgebung und Anfechtung des Gesellschaftsvertrags.

Nimmt man an, dass für die Kundgebung die Vorschriften über Rechtsgeschäfte insbesondere die über Willensmängel nicht gelten,[1]) so kann von Anfechtbarkeit der Kundgebung keine Rede sein. Die wohl herrschende Lehre geht jedoch berechtigter Weise dahin, dass auf solche Kundgebungen, mögen sie auch keine Rechtsgeschäfte sein, die Vorschriften über Willensmängel, also auch die über Anfechtung Anwendung finden.[2])

Die Kundgebung kann an einen bestimmten Dritten gerichtet worden sein, dann ist dieser Adressat derselben. Sie war aber auch möglich durch Eintragung und öffentliche Bekanntmachung. Dann sind alle künftigen Gesellschaftsgläubiger an ihr interessiert. Ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der generellen Kundgebung ist ebenso stark, wie dasjenige des bestimmten Dritten an der Giltigkeit der Spezialkundgebung. Da aber bei der Anfechtungserklärung und bei der Betrugslehre die Interessen des Adressaten einer Er-

[1]) So Leist im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 102 S. 279.

[2]) Vgl. den Nachweis von Möhler S. 45 ff. und die dortigen Citate.

klärung stärker berücksichtigt werden, als die eines andern, der von einer empfangsfreien Erklärung Kenntnis erlangt hat.[1]) so wäre es bei der gleichen Schutzbedürftigkeit der Interessenten nicht gerechtfertigt, die Spezialkundgebung als empfangsbedürftige Erklärung, die generelle Kundgebung dagegen als nicht empfangsbedürftige Erklärung zu behandeln. Die Kundgebung ist also in beiden Fällen eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung. Auf ihre Anfechtung findet § 123 Abs. 2 Anwendung. Adressaten und deshalb Anfechtungsgegner sind alle künftigen Gläubiger. § 143 Abs. 3.

Die Adressaten stehen in keinerlei Beziehungen zu einander, es kann die Kundgebung für den einen wirksam, für einen andern ungiltig sein. Im Falle des Partialdolus[2]) ist es deshalb genügend, dass die Anfechtungserklärung nur gegenüber dem dolosen Adressaten abgegeben wird. Die Kundgebung bleibt dann den Gutgläubigen gegenüber wirksam.[3])

Für die Frage der Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrags kann auf das oben Seite 16 ff. bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Ausgeführte verwiesen werden. Dies gilt insbesondere für die Frage, wer Anfechtungsgegner ist und unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung zur totalen Nichtigkeit der Gesellschaft führt.

Dagegen kann man zweifeln, ob auch hier die Anfechtung formlos zu geschehen hat, entsprechend der Regel des § 143 B.G.B.[4]) oder ob Klageerhebung notwendig ist. Für die letztere Annahme spricht § 133 H.G.B., wonach die sofortige Auflösung der offenen Handelsgesellschaft aus einem wichtigen Grunde durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden muss. Der Grund hiefür liegt, wie schon erwähnt, darin, dass die Interessen der Gesellschafter, wie die Dritter, dringend Sicherheit darüber fordern ob eine Gesellschaft besteht oder nicht. Bei formloser Kündigung könnte dies aber sehr zweifelhaft werden, denn es liegt in den meisten Fällen nicht klar zu Tage, was ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 H.G.B. ist. Dazu kommt noch, dass eine sofortige Auflösung erstrebt wird, die für die günstige Verwertung des Gesellschaftsver-

[1]) Vgl. Heck Festschrift S. 331.
[2]) Vgl. oben S. 7.
[3]) Vgl. Endemann § 75 An. 11 S. 372 Heck Festschrift S. 332.
[4]) So Lehmann — Ring § 133 An. 6 S. 293.

mögens besonders gefährdend werden kann. Ganz dieselben Gründe sprechen aber in verstärktem Umfang gegen die formlose Zulassung der Anfechtung, weil das Bestehen eines Anfechtungsgrundes meist nicht weniger zweifelhaft sein wird und es sich um Auflösung mit rückwirkender Kraft handelt. Erwägt man noch, dass in § 133 H.G.B. nicht eine singuläre Rechtsbestimmung vorliegt, sondern eine Anwendung des auch sonst wiederholt zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens, dass in allen Fällen in denen wesentliche Interessen der Verkehrssicherheit bedroht sind, die Rechtsgestaltung nur im Wege der Klage möglich ist,[1]) so wird einer Analogie des § 133 H.G.B. nichts im Wege stehen. Man wird deshalb annehmen müssen, dass die Anfechtung im Wege der Klageerhebung gegen die Gesellschafter zu erfolgen hat. Das Recht zu dieser Klage hat nur der betrogene Gesellschafter.[2]) Beklagte sind sämtliche Mitgesellschafter. Diese sind notwendige Streitgenossen. Die Klage kann sowohl erhoben werden an dem Gericht des Wohnsitzes der Gesellschafter wie an dem Orte der Sitz der Gesellschaft sein sollte. C.P.O. § 22. Das Urteil ist deklarativ.

§ 13. Die Folgen der Anfechtung für das gemeinschaftliche Vermögen.

Ebensowenig wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist unter „Auflösung der Gesellschaft" im Sinne der §§ 145 ff. H.G.B. die Auflösung der nichtigen Gesellschaft einbegriffen.[3]) Auch hier wird dann hieraus der Schluss gezogen, dass die Auseinandersetzung auf Grund der §§ 741 ff. B.G.B. erfolgen müsse und nicht nach §§ 145 ff. H.G.B., weil die Anfechtung das Gesellschaftsverhältnis rückwärts vernichte[4].)

[1]) Vgl. H.G.B. § 309, Gesetz betr. die G. m. b. H. § 75, Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsklagen, Anfechtung der Ehelichkeit u.s.w.

[2]) Dagegen kann bei Betrug eines Gesellschafters für die nicht betrogenen Gesellschafter ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegen.

[3]) Vgl. auch § 311 H.G.B. „Bei Nichtigkeit der A.G. finden die für den Fall „der Auflösung" geltenden Vorschriften Anwendung".

[4]) Vgl. E.G., H.G.B. Abs. 2, § 741 B.G.B. Marcus in K.G.Bl. 99, 77. — Staub § 133, Einleitung S. 503, E.R.O.H.G. 22, 204.

Es ist dargelegt worden,[1]) dass diese Beweisführung nicht zwingend ist. Die Entscheidung der Frage ob Liquidationsgesamthandsgemeinschaft eintritt oder Auseinandersetzung nach allgemeinen Grundsätzen wird davon abhängen, ob die Interessenlage bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft normalerweise so sehr von der der Gesellschaft nach B.G.B. abweicht, dass man annehmen muss, dass hier generell die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen die gebotene ist.

Eine Besonderheit gilt zunächst für das Verhältnis Dritter zu der Gemeinschaft. Durch § 158 H.G.B. haben die Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft ausdrücklich einen gewissen Schutz erlangt, dass die Auseinandersetzung im Verhältnis zu ihnen auf Grund der §§ 145 ff. H.G.B. erfolge. Gleichgiltig, welche Art der Auseinandersetzung die Gesellschafter unter sich vereinbaren, also etwa auch eine solche nach §§ 741 ff. B.G.B., so sollen doch im Verhältnis zu den Gläubigern die Vorschriften der §§ 145 ff. H.G.B. Anwendung finden, so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.[2])

Der Grund liegt darin, dass die Befugnis der Gesellschaftsgläubiger sich an die einzelnen Gesellschafter zu halten bei der offenen Handelsgesellschaft nicht als ausreichender Ersatz angesehen wird, für den Ausschluss der Möglichkeit, aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung zu erlangen.[3])

Die Gründe des Gesetzgebers treffen bei Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft noch viel mehr zu. Es kommt sehr häufig vor, dass sich die Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen an der Gesellschaft beteiligen. Die Beitragsleistungen der einzelnen Mitglieder wären nach den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen teils ihr Alleinrecht geblieben, teils hätten sie sich in Bruchteilsrechte verwandelt. Der Gläubiger kann dies unmöglich erkennen,

[1]) Vgl. oben S. 25 ff.

[2]) Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fehlt eine entsprechende Bestimmung. Eine analoge Übertragung dieser Bestimmungen des speziellen Gesellschaftsrechts auf das generelle Recht der Gesellschaft des B.G.B. ist ausgeschlossen, weil die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts weit geringer ist als bei der offenen Handelsgesellschaft. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht an der Aufrechterhaltung des Sondervermögens verdienen deshalb auch geringeren Schutz.

[3]) Vgl. Hahn-Mugdan VI. S. 279.

deshalb hat er hier ein doppeltes Interesse, dass er die Gemeinschaft als solche verklagen und gegen sie vollstrecken kann. Wenn nun festgestellt wurde, dass derjenige, der an die Aussenwelt die Erklärung abgibt er sei offener Handelsgesellschafter, sich Dritten gegenüber als solchen behandeln lassen muss, so ist nur konsequent, dass die Gesamtheit der Erklärenden, die sich in einer tatsächlichen Vermögensgemeinschaft befinden, und sie als Gesamthandsgemeinschaft deklarieren, sich Dritten gegenüber in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen als Gesamthänder nach § 158 H.G.B. behandeln lassen müssen.[1])

Damit ist nun allerdings für die interne Auseinandersetzung unter den Gemeinschaftern noch nichts bewiesen. Es kann die Vermögensmasse nach aussen als Gesamthandsvermögen, nach innen als Bruchteilsvermögen behandelt werden.[2]) Das Gesetz sieht, wie erwähnt, diesen Fall durch Vereinbarung der Gesellschafter vor. Indessen wird eine solche Vereinbarung nur getroffen werden, wenn sich die Gesellschafter über die Rechtsverhältnisse an den einzelnen Gegenständen einig sind. Gerade aber an einer solchen Klarheit fehlt es, wenn es sich plötzlich herausstellt, dass die vermeintliche Gesamthandsgemeinschaft nie existierte. Zwar finden sich diese Bedenken auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und sie erschienen dort nicht als stichhaltig,[3]) aber es wurde auch schon darauf hingewiesen, dass es die Natur der Handelsgesellschaft, mit ihrer auf massenhaften Abschluss von Rechtsgeschäften gerichteten Tendenz mit sich bringt, dass hier die Rechtsverhältnisse an den einzelnen Gegenständen noch viel verworrener und die Wertverluste viel bedeutender wären. Es sind dieselben Gründe, die auch bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen in Frage stellen. Sie sind aber bei der offenen Handelsgesellschaft viel gewichtiger. Dies ist im Gesetz

[1]) So im Ergebnis: Wieland Z.f.H. 64 S. 75 Anm. 19. — Ritter § 133 Anm 2. S. 183. Letzterer stützt sich mit Unrecht auf § 142 Abs. 2 B.G.B. § 142 Abs. 2 sagt nicht, dass der Gutgläubige die Anfechtung sich gegenüber nicht wirken zu lassen braucht. Der Gutgläubige findet nicht Schutz auf Grund des § 142 Abs. 5 B.G.B., sondern nur auf Grund der einzelnen Schutzvorschriften §§ 932 ff. u.s.w. vgl. Staudinger I. § 142 7a S. 490.

[2]) So Wieland Z.f.H. 64 S. 75 Anm. 19.

[3]) Vgl. oben S. 29.

dadurch zum Ausdruck gelangt, dass es bei der offenen Handelsgesellschaft umfassendere Bestimmungen getroffen hat, die das Gesellschaftsvermögen gegen Auflösung ex nunc sichern sollen, als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. (Vgl. oben S. 34.) Es ist deshalb bei dem Stillschweigen des Gesetzes naheliegend bei Auflösung ex tunc einen Auseinandersetzungsmodus anzunehmen, der diesen anerkannten Interessen an möglichster Zusammenhaltung des Gemeinschaftsvermögens besser gerecht wird, und dies ist die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen. Die offene Handelsgesellschaft hat hier viel weniger Berührungspunkte mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als mit den übrigen Handelsgesellschaften, und bei diesen haben die hier aufgeführten Erwägungen zu Einschränkungen der Nichtigkeitsfolgen geführt.[1])

Es bleibt auch die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der nichtigen Gesellschaft nach aussen nicht ohne Wirkung auf das Innenverhältnis.[2]) Da die Gesellschafter auch bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages allen Gesellschaftsgläubigern für die Gesellschaftsschulden solidarisch verhaftet sind, so haben sie ein Interesse daran, das tatsächlich gemeinschaftliche Vermögen in erster Linie zur Gläubigerbefriedigung zu verwenden.[3])

Die dargelegten Gründe rechtfertigen die Annahme, dass bei der offenen Handelsgesellschaft die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen zu erfolgen hat. Wie weit man im Einzelnen mit der analogen Übertragung der §§ 145 ff. H.G.B. gehen muss, kann hier nicht dargestellt werden.

---

[1]) Vgl. §§ 309 ff., 320 Abs. III. H.G.B., §§ 75 ff. Gesetz betr. G. m. b. H. und insbesondere Materialien. Hahn-Mugdan VI. S. 334. „Die Gesellschaft (Aktiengesellschaft) ist tatsächlich ins Leben getreten. Möglicherweise hat der Betrieb des Unternehmens längere Zeit gedauert, sind Rechtsgeschäfte geschlossen, Ansprüche erworben und Verbindlichkeiten eingegangen worden. Alles dieses kann nicht einfach als nicht geschehen behandelt werden. Das vorhandene Vermögen lässt sich auch nicht derart auflösen, dass jeder einzelne Gegenstand wieder seinem früheren Eigentümer zugeführt würde, hieraus würde sich nur Verwirrung und eine Schädigung aller Beteiligten ergeben."

[2]) Vgl. auch Wölz S. 109 Anm. 2.

[3]) Vgl. dagegen oben S. 28. ff.

§ 14. Die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters.

Für die vertragsmässigen Ansprüche des durch Betrug zum Beitritt bestimmten offenen Handelsgesellschafters kann auf das oben S. 30 Ausgeführte verwiesen werden. Das gleiche gilt für die Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Auch hier kann es sich jedenfalls bei totaler Neugründung, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, immer nur um Ansprüche gegen die betrügerischen Gesellschafter, nicht aber um solche gegen die Gesellschaft handeln.

Dagegen ergeben sich Abweichungen für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Nimmt man mit dem hier Vertretenen an, dass bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags auch im Innenverhältnis eine Gesamthandsgemeinschaft entstanden ist, so sind sämtliche Beitragsleistungen der einzelnen Gesellschafter zu Gesamthandsrecht geworden. Haben deshalb Verfügungen über einzelne Gegenstände des Gemeinschaftsvermögens durch vertretungsberechtigte Gesellschafter stattgefunden, so liegen Verfügungen seitens der wahren Berechtigten vor und für den ursprünglich berechtigten Einzelgesellschafter erwachsen aus § 816 B.G.B. keine Bereicherungsansprüche, falls hiefür Aequivalente in das gemeinschaftliche Vermögen gekommen sind. Erweist sich der Gesellschaftsvertrag als nichtig, so bestanden keine Beitragsverpflichtungen. Die Beiträge waren also sämtlich sine causa erfolgt. Bereichert durch diese Beiträge wurde das Gesamthandsvermögen; gegen dieses, bezw. dessen Träger richtet sich demnach der Bereicherungsanspruch. Jeder Beitragsleistende ist insoweit ganz gewöhnlicher Gläubiger des Gesamthandsvermögens. Da aber jeder Gesellschafter auf Grund seiner Erklärung, offener Handelsgesellschafter sein zu wollen, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Scheingesellschaft allen Gläubigern verhaftet ist, so haften sämtliche Beteiligte sich gegenseitig für die Bereicherungsansprüche auch persönlich und solidarisch.[1]) Hat einer der Beteiligten seinen vorgeschenen Beitrag nicht geleistet, während Andere dies schon getan hatten, so kann er bei Nichtigkeit des Vertrags allerdings nicht mehr zur Leistung gezwungen werden. Er ist aber gegenüber den anderen doch nicht wesentlich im Vorteil, da er ihren Bereicherungsansprüchen keine Gegenforderungen entgegensetzen kann.

[1]) Vgl. dagegen oben S. 28 für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Dass der Gesellschafter mit seinen Ansprüchen wegen betrügerischer Bestimmung zum Beitritt zu der Gesellschaft allen übrigen Gläubigern gleichsteht, ist nicht unbestritten. Wieland[1]) hat den Satz aufgestellt, der Gesellschafter müsse mit allen Ansprüchen, welche auf seinem Beitritt zur Gesellschaft beruhen und welche praktisch daran erkennbar seien, dass sie im Resultat auf den Rückzug aus dem Gesellschaftsvermögen hinauslaufen, überall hinter den übrigen Gläubigern zurückstehen, auch wenn es sich um Gläubigeransprüche und nicht um mitgliedschaftliche Rechte handle. Bei den erwähnten Bereicherungsansprüchen handelt es sich um solche Gläubigeransprüche. Hienach will Wieland dem betrogenen Gesellschafter zwar gestatten, ohne weiteres gegenüber der solventen Gesellschaft solche Ansprüche geltend zu machen, weil es der offenen Handelsgesellschaft jederzeit unbeschränkt gestattet sei, auf ein Gesellschaftsvermögen zu verzichten, wenn aber die Gesellschaft im Konkurs sei, so müsse der Pseudogesellschafter mit den oben bezeichneten Gläubigeransprüchen hinter die übrigen Gläubiger zurückstehen. Praktische Bedeutung hätte dies dann, wenn der gewöhnliche Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs keine volle Befriedigung erlangt und im Privatkonkurse des Pseudogesellschafters eine grosse Anzahl privater Gläubiger vorhanden sind. Wieland begründet seine Ansicht damit,[2]) dass die bei Gründung der Gesellschaft an die Aussenwelt gerichtete Kundgebung des Pseudogesellschafters oder, wie sich Wieland ausdrückt, der Konstitutivakt, nicht nur dahin gehe, ein selbständiges Vermögen zu schaffen, sondern gleichzeitig auch das Versprechen des Gesellschafters an die Gesellschaftsgläubiger enthalte, mit allen eigenen, auf der Einlage beruhenden Ansprüchen an das Gesellschaftsvermögen hinter diejenigen der übrigen Gläubiger zurückzutreten. Dies müsse man deshalb annehmen, weil das neue Gesellschaftsvermögen selbstverständlich wie das Vermögen jedes andern Schuldners in erster Linie zur Befriedigung der Gläubiger und erst hienach dem Genusse des Schuldners, resp. bei Gesellschaften zu demjenigen der Mitglieder frei werden könne. Der von Wieland aufgestellte Satz und seine Begründung ist sehr anfechtbar. Dies gilt von vorn herein bezüglich des Ausgangs seines Satzes, nämlich der Erklärung der

[1]) Z. f. H. Bd. 64 S. 113.
[2]) a. a. O. S. 106.

Kundgebung als Konstitutivakt. Vgl. oben S. 38. Es sprechen aber noch weitere Gründe dagegen. Bei den bezeichneten Ansprüchen des Pseudogesellschafters handelt es sich um Gläubigeransprüche, nicht um Mitgliedschaftsrechte. Selbst wenn diese Ansprüche geeignet wären, wirtschaftlich die Haftung des Kundgebenden gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wesentlich zu beeinträchtigen,[1]) so würde dies auch nach Wieland[2]) allein noch kein Grund sein, diese Ansprüche auszuschliessen. Auf die Auslegung des Inhalts der Kundgebung kann sich Wieland auch nicht stützen. Jeder Gesellschafter ist sich zwar bewusst, dass er mit seinen mitgliedschaftlichen Rechten hinter die gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten muss, nichts spricht aber dafür, dass er dies auch mit Gläubigeransprüchen will. Mitgliedschaftliche Rechte kann ein Gesellschafter auch der solventen Gesellschaft gegenüber grundsätzlich nur unter Rücksichtnahme auf die Gesellschaftsgläubiger geltend machen (Liquidation), die Gläubigerrechte dagegen jedenfalls ausserhalb des Konkurses ohne Rücksicht auf sie. In der überwiegenden Zahl der Fälle sind die gewöhnlichen Gläubiger durch die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter genügend gesichert. Diese bildete ihre hauptsächliche Kreditbasis. Deshalb hat der Gesetzgeber weder für den Konkurs noch ausserhalb desselben Schutzbestimmungen zu Gunsten der Gläubiger getroffen, aus denen der Satz Wielands abgeleitet werden könnte. Ohne Rückhalt im Gesetz ist aber eine so wesentliche Durchbrechung allgemeiner Grundsätze nicht zulässig. Wieland, in seinem Bestreben für die hier einschlägigen Fragen einheitliche Rechtssätze für alle Handelsgesellschaften zu finden, überschätzt auch hier[3]) die Bedeutung der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens für die offene Handelsgesellschaft.

§ 15. Neueintritt eines Gesellschafters.

Nach § 130 H.G.B. kann für die offene Handelsgesellschaft nicht bezweifelt werden, dass Neueintritt eines Gesellschafters unter

[1]) Es wird dies bei der offenen Handelsgesellschaft nur ausnahmsweise der Fall sein.

[2]) Vgl. a. a. O. S. 98.

[3]) Vgl. oben S. 37 An. 1 u. 3, S. 38 An. 4.

Aufrechterhaltung des schon bestehenden Gesellschaftsverhältnisses möglich ist. Ficht der Neueintretende seinen Beitritt zu der Gesellschaft an, so bleibt das Gesellschaftsverhältnis unter den übrigen Gesellschaftern unverändert, während er selbst gemäss § 142 B.G.B. nie Gesellschafter geworden ist. Es ist deshalb § 130 H.G.B. auf ihn nicht anwendbar. Hat aber der Neueintretende seinen vermeintlichen Beitritt der Aussenwelt kundgegeben, so haftet er Dritten gegenüber mit den oben hervorgehobenen Einschränkungen auf Grund dieser Kundgebung gerade so, als ob er offener Handelsgesellschafter wäre.[1]) Da das Verhalten des Dritten gegenüber der Gesellschaft in ursätzlichem Zusammenhang stehen muss mit der Kundgebung an die Aussenwelt, so haftet der Neueintretende nicht für die schon vor seinem Beitritt begründeten Gesellschaftsschulden. Beitragsleistungen sind zu Gesamthandsrecht der übrigen Gesellschafter geworden und der Leistende auf Kondiktionsansprüche beschränkt, vgl. oben S. 48. Schadensersatzansprüche kann auch hier der Neueintretende nur gegen diejenigen Gesellschafter geltend machen, durch die er betrogen wurde. Dies gilt auch dann, wenn der betrügende Gesellschafter namens seiner Mitgesellschafter gehandelt hat. Er konnte dies nur auf Grund besonderer Vollmacht sämtlicher, auch der nicht geschäftsführenden Gesellschafter tun, da der gesetzliche Inhalt der Vollmacht eines Gesellschafters sich hierauf nicht erstreckt.[2]) Es haften deshalb immer nur die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft und zwar nach Massgabe der §§ 278. 831 B.G.B.[3]) Der Fall, dass bei totaler Neugründung die Anfechtung eines Gesellschafters nur zu seinem Ausscheiden führt, ist ebenso zu behandeln, wie die Anfechtung des in eine bestehende Gesellschaft Neueintretenden.

[1]) Vgl. oben S. 36 ff.

[2]) Vgl. Staub § 126 An. 2 S. 478. E.R. 52, 161. Der betrügende Gesellschafter hat deshalb nie in Ausführung der ihm als Gesellschaftsorgan zustehenden Verrichtungen gehandelt, niemals im Namen der Gesellschaft, sondern immer nur in dem der einzelnen Gesellschafter.

[3]) Vgl. dagegen E.R. 32, 35, 64, 81 und Staub § 133 Einl. S. 503.

IV. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Kommanditgesellschaft.

§ 16.

Die Kommanditgesellschaft ist ebenfalls eine Gesellschaft und keine juristische Person. Sie unterscheidet sich von der offenen Handelsgesellschaft nur dadurch, dass ein Teil ihrer Mitglieder (Komplementare) unbeschränkt, ein anderer Teil (Kommanditisten) aber nur mit einer bestimmten Summe haftet.[1]) Alle Abweichungen der Kommanditgesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft sind nur die Konsequenzen der beschränkten Haftung der Kommanditisten. Es werden sich deshalb auch für die vorliegende Arbeit nur hieraus Besonderheiten von den bei der offenen Handelsgesellschaft getroffenen Feststellungen ergeben.

Ganz analog wie bei der offenen Handelsgesellschaft ist vor allem das Verhältnis der Gesellschafter nach aussen zu behandeln. Haben A. B. und C. nach aussen sich als Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft kundgegeben, sei es durch Eintragung in das Handelsregister, sei es sonst wie, so gelten sie nach aussen als Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, auch wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs angefochten worden ist.[2])

Hätten nach dieser Kundgebung A. und B. Komplementare werden sollen und C. Kommanditist, so haften A. und B. unbeschränkt,

[1]) Staub § 161 An. 1 und 2 S. 580 und die dort Zitierten. — Lehmann-Ring § 161 An. 1 u. 2 S. 345. — Hahn-Mugdan VI S. 282. — Lehmann Lehrb. des Handelsr. § 66 S. 338.

[2]) Für den Fall, dass es sich um den Betrieb eines Handelsgewerbes nach § 2 H.G.B. handelt, genügt jedoch auch hier nur die Kundgebung in Form einer Eintragung in das Handelsregister. Vgl. oben S. 39.

C. dagegen nur mit der kundgegebenen Summe. § 176 findet hier keine Anwendung, da hienach eine giltige Gesellschaft vorausgesetzt ist und nach allgemeinen Grundsätzen, die in § 176 festgesetzte erweiterte Haftung sich nicht rechtfertigen lässt.[1]) Praktische Bedeutung hat dies vor allem für den Fall, dass der Anfechtende einer bestehenden und schon eingetragenen Handelsgesellschaft als Kommanditist beitreten wollte und seine Kundgebung formlos erfolgte vgl. § 176 Abs. 3.

Komplementare und Kommanditisten sind nicht völlig gleichwertige Gesellschaftsmitglieder, deshalb kann möglicherweise ihre Anfechtung verschiedene Wirkung haben. Die Anfechtung eines Komplementars bewirkt, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, im Zweifel Nichtigkeit der Gesellschaft. Notwendig tritt Nichtigkeit ein, wenn nur noch Kommanditisten übrig bleiben würden, da das Handelsgesetzbuch eine Gesellschaftsform, bei der sämtliche Mitglieder Kommanditisten sind, nicht anerkennt. Im Falle der Nichtigkeit muss auch hier die Auseinandersetzung nach Gesamthandsgrundsätzen erfolgen. Kommanditisten stehen in ihrer Bedeutung für die Existenz der Gesellschaft den Komplementaren nach.[2]) Man wird deshalb bei Anfechtung eines Kommanditisten eher geneigt sein, die Fortexistenz der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern anzunehmen. Möglicherweise wandelt sich durch das Ausscheiden des Anfechtenden die Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft um.

Da die Kommanditisten beschränkt haften, so ist begrifflich denkbar, und auch vom Gesetz vorgesehen, eine Erweiterung und Beschränkung der Haftung. Letztere interessiert hier nicht. In ersterem Falle ist die Sachlage dieselbe, als ob ein neuer Kommanditist eingetreten wäre, dessen Haftsumme die Erhöhung der ursprünglichen Haftsumme ist. Die Kundgebung der anfechtbaren Erhöhung wirkt also ebenso wie die Kundgebung des Eintritts eines neuen Kommanditisten.

Für die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Komplementars und Kommanditisten gilt dasselbe wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Auch hier kommen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters gegen die Gesellschaft grundsätzlich nur als Bereiche-

[1]) Vgl. Hahn-Mugdan VI S. 286.
[2]) Vgl. §§ 164 ff., 170, 177 H.G.B.

rungsansprüche vor und mit diesen stehen die Betrogenen sowohl im, wie ausserhalb des Konkurses, den gewöhnlichen Gesellschaftsgläubigern gleich.[1]) Es treffen auch hier die oben ausgeführten Gründe zu. Die Gefährdung der Gläubigerinteressen, die hieraus erwachsen könnte, ist auch hier nicht grösser als bei der offenen Handelsgesellschaft, insbesondere hat der Kommanditist nicht die Möglichkeit auf indirektem Wege im Konkurse der Gesellschaft sich seiner Haftung gegenüber den Gläubigern durch Aufrechnung mit seinen Bereicherungsansprüchen zu entziehen.

Staub[2]) begründet dies mit der Ungleichartigkeit der Ansprüche, indem er betont, der Kommanditist habe einen Anspruch gegen die Gesellschaft, während der Konkursverwalter ein selbständiges, ihm als Vertreter der Gläubigerschaft zustehendes Recht geltend mache. Diese Konstruktion der Stellung des Konkursverwalters mag richtig sein, sie beweist aber nichts, denn zweifellos kann der Kommanditist auch dem Konkursverwalter gegenüber einwenden, er habe seine Einlage an die Gesellschaft schon geleistet. Die Leistung kann regelmässig auch durch Aufrechnung einer Forderung gegenüber der Gesellschaft erfolgen.[3]) Der Kommanditist kann also mit diesen Bereicherungsansprüchen gegenüber dem Konkursverwalter aufrechnen. Tut er aber dies, so kann er nun nicht noch einmal die tatsächlich gemachte Einlage zu Einwendungen gegenüber den Gläubigern heranziehen, denn durch die Geltendmachung der Bereicherungsansprüche zeigt der Kommanditist, dass er das tatsächlich Geleistete nicht als Leistung seiner Einlage betrachtet wissen will, sondern an dessen Stelle das Surrogat der Bereicherungsansprüche.

Da nach der Konkurseröffnung der Konkursverwalter an Stelle der Gläubiger deren Rechte gegenüber dem Kommanditisten geltend macht, so kann auch der Kommanditist gegenüber der Klage des Konkursverwalters auf Leistung der Einlage die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wegen Betrugs nicht einwenden.[4])

[1]) Dagegen Wieland a. a. O. S. 100 und S. 113.

[2]) § 177 Anm. 3 S. 611.

[3]) Ritter § 171 Anm. 4 S. 216 so auch Staub § 171 Anm. 20 S. 602. E.R. 37,86, 137.

[4]) Vgl. Staub § 171 Anm. 12 S. 601. — Makower § 171 I a. S. 432. E.R. 51, 33.

V. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer stillen Gesellschaft.

§ 17.

Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft zwischen einem Kaufmann und einem Andern, der sich an dem Handelsgewerbe des Kaufmanns mit einer diesem zufliessenden Vermögenseinlage beteiligt.[1])

Der stillen Gesellschaft ist also charakteristisch, dass es kein Gesellschaftsvermögen gibt. Sämtliche Einlagen gehen in das Vermögen des Firmeninhabers über, dieser, der Komplementar, tritt allein nach aussen hervor, er allein wird haftbar. Zwischen ihm und dem Andern (Stillen) bestehen lediglich obligatorische Beziehungen. Da den Handelsgesellschaften wesentlich ist, dass mehrere unter Kundgebung einer gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe betreiben, welche Kundgebung für den Rechtsverkehr erheblich ist, bei der stillen Gesellschaft aber nach aussen das Gesellschaftsverhältnis nicht deklariert zu werden braucht, so ist die stille Gesellschaft analog der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu behandeln. Mit ihr hat sie viel mehr Aehnlichkeit als mit der offenen Handelsgesellschaft.[2]) Deshalb ist auch für die Anfechtung wegen Betrugs auf das bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Ausgeführte zu verweisen. Dies gilt vor allem auch für die Form der Anfech-

---

[1]) Vgl. Lehmann Lehrb. des Handelsr. § 67 I S. 349.

[2]) Lehmann Ring § 335 Anm. 11 S. 666. — Makower § 335 Ia. S. 938. — Staub § 335 Anm. 1 und 2 S. 1099. — Ritter § 335 Anm. 1 S. 412.

tung, obwohl gerade das Recht der stillen Gesellschaft bei der Kündigung auf das Recht der offenen Handelsgesellschaft verweist.[1]) Es fehlt aber bei dieser Verweisung die Bezugnahme auf den hier ausschlaggebenden § 133 H.G.B. Da die stille Gesellschaft kein Aussenverhältnis hat, so hört jede Haftung des stillen Gesellschafters nach erfolgter Anfechtung rückwirkend auf, er steht dann so da, als ob er nie stiller Gesellschafter gewesen wäre. Dies gilt auch dann, wenn das stille Gesellschaftsverhältnis als solches unzweideutig kundgegeben wurde.[2]) Die Wirkung der Anfechtung, gleichgiltig ob sie durch den Komplementar oder den Stillen erfolgt, ist immer, dass die Beitragsleistungen sine causa in das Vermögen des Komplementars gekommen sind. Der Stille hat dann, sofern sich der Anfechtungsgrund nicht ausnahmsweise mit auf das Uebertragungsgeschäft erstreckt, lediglich Kondiktionsansprüche auf Rückgewähr. Die Vorschriften der §§ 340 und 341 H.G.B. finden hier keine Anwendung, sie setzen einen Gesellschaftsvertrag voraus.[3])

Davon, dass die stille Gesellschaft nicht nach aussen wirkt, bestimmt § 342 H.G.B. eine Ausnahme. Fällt der Komplementar in Konkurs, so soll der Konkursverwalter unter bestimmten, in § 342 H.G.B. genannten Voraussetzungen, Einlagen, die dem Stillen zurückbezahlt wurden, zurückfordern dürfen. Damit ist eine Erweiterung der actio Pauliana gegeben. Dieser § 342 verlangt eine giltige stille Gesellschaft, ist also jedenfalls unmittelbar auf den wegen Betrugs anfechtenden Gesellschafter nicht anwendbar. Eine analoge Anwendung ist aber ausgeschlossen, weil § 342 nur bezweckt, eine Kollusion zwischen dem Stillen und dem Komplementar zu verhindern.

Die ratio des § 342 trifft nicht auf die Fälle zu, in denen die Rückleistung einseitig vom Stillen erzwungen werden kann.[4]) Ein solcher Fall liegt zweifellos vor, wenn der Stille nach erfolgter Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wegen Betrugs seine Einlage zurückfordert. Dasselbe muss aber auch dann gelten, wenn die Anfechtung wegen Betrugs nicht erfolgt ist, obwohl die Voraussetzungen

[1]) Vgl. § 339 H.G.B.

[2]) Vgl. Staub § 335 Anm. 37 S. 1106. — Lehmann Ring § 335 Anm. 19 S. 670. — Hahn Mugdan VI S. 344.

[3]) Staub § 339 Anm. 28 S. 1115. — Bolze 5. Bd. Nr. 738 S. 242.

[4]) Vgl. Staub § 342 Anm. 1 S. 1121. — Makower § 342 IIc 2 S. 959. — Lehmann-Ring § 342 Anm. 2 S. 680. — Ritter § 342 Anm. 2 S. 422.

hiefür vorlagen, der Komplementar vielmehr die Einlage auf Grund einer Vereinbarung mit dem Stillen zurückgezahlt hat, sofern nur der Rückfordernde seine Rechte aus dem Betrug zur Zeit der Vereinbarung noch nicht verloren hatte und dem Stillen nicht mehr zurückgewährt wurde, als er hätte erzwingen können, denn hier steht die Vereinbarung unter einem Zwang. Es ist eine zu formale Auslegung des § 342, wenn das Reichsgericht J. W. 95,203 hier dem Konkursverwalter das Anfechtungsrecht gewähren will, weil hier eine „Vereinbarung" stattgefunden habe und somit die Voraussetzung des § 342 gegeben sei.

VI. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Aktiengesellschaft.

§ 18. Die Besonderheiten der Aktiengesellschaft.

Schon die oberflächliche Betrachtung der aktienrechtlichen Bestimmungen zeigt, dass die Frage des Betrugs bei Gründung und Beitritt zu einer Aktiengesellschaft schwieriger ist, als bei den bisher behandelten Gesellschaften, weil hier Gründung und Beitritt nicht in denselben einfachen Formen erfolgen. Bei der Gründung tritt die Komplikation dadurch ein, dass schon im Entstehungsstadium der Gesellschaft Vorsorge und Garantien für das Zusammenbringen des Grundkapitals getroffen sind. Diese waren wiederum notwendig, weil die Gesellschaft nach ihrer Errichtung juristische Persönlichkeit besitzt und die hieran physisch beteiligten Rechtssubjekte mit ihrem Privatvermögen nicht beteiligt sind. Es wird hiedurch bewirkt, dass zu dem bei allen Gesellschaften notwendigen Gründungselement des Gesellschaftsvertrags[1]) noch als weiteres Element die Aufbringung des Grundkapitals hinzukommt. Der Umstand, dass die Aktiengesellschaft juristische Persönlichkeit besitzt, hat nach positivem Recht zur Folge, dass zur Entstehung der Gesellschaft eine Eintragung ins Handelsregister erforderlich ist. Die Errichtung einer Aktiengesellschaft setzt also eine Reihe von Erklärungen verschiedenen Inhalts voraus.

Zeitlich ist bei der Gründung der Aktiengesellschaft immer der erste Akt die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags.[2])

[1]) Auf die Streitfrage, ob dies ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des B.G.B. § 705 oder eine Satzung ist, soll hier nicht eingegangen werden. — Vgl. Lehmann Lehrbuch § 76 S. 389. — Renaud R. d. A. S. 305.

[2]) Vgl. § 182 H.G.B.

Trotz der Fassung des § 182 H.B.G. geht die heute herrschende Meinung dahin, dass diese Festsetzung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags nicht ein selbständiger, mit bindender Kraft ausgestatteter Rechtsakt ist[1]) sodass etwa schon nach dessen Festsetzung dessen Umstossung wegen Betrugs in Betracht kommen könnte.[2]) Vielmehr erblickt sie hierin nur eine Einigung über einen Teil des Gesellschaftsvertrags, der gemäss § 154 B.G.B. keine Wirkung hat.[3]) Erst wenn zu dieser teilweisen Einigung noch als zweiter Bestandteil die Uebernahme, bezw. die Zeichnung der Aktien, hinzugekommen ist, gilt die Gesellschaft als errichtet.[4]) §§ 188, 189 H.G.B.

Uebernahme und Zeichnung ist begrifflich dasselbe. Das Gesetz hat nur aus hier nicht interessierenden Gründen verschiedene Bezeichnungen gewählt, je nachdem die Aktien nur von solchen Personen übernommen werden, die an der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags beteiligt waren, (Simultangründung, Uebernahme der Aktien) oder auch ausserdem noch von solchen, die hieran nicht beteiligt waren[5]) (Successivgründung, Zeichnung.) Im Folgenden wird in beiden Fällen der Ausdruck „Zeichnung" gebraucht werden. Da erst mit der Zeichnung die Gesellschaft errichtet ist, die Gesellschaft aber nicht nur personifiziertes Vermögen, sondern auch Personenvereinigung ist, so hat die Zeichnung notwendig immer eine doppelte Funktion. Sie ist zugleich Erklärung Mitglied einer Gesellschaft mit bestimmter Satzung sein zu wollen, (Beitrittsfunktion, Mitgliedschaftserwerb) wie auch Erklärung, sich an der Aufbringung des Grundkapitals zu beteiligen (Haftungsfunktion).[6])

[1]) So Behrend § 100 S. 722.

[2]) Von dieser Festsetzung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags ist zu unterscheiden der Gesellschaftsvertrag einer eventuellen die Gründung einer A.G. bezweckenden Vorgesellschaft.

[3]) Vgl. Staub § 182 Anm. 2 S. 633. — Lehmann-Ring § 182 Anm. 1 S. 382. — Makower § 182 IIIa S. 465. — E.R. 31, 12, 45, 99.

[4]) Hiebei wird von der Ansicht ausgegangen, dass die sog. konstituierende Generalversammlung (H.G.B. § 196) im Falle einer Successivgründung nicht darüber Beschluss fasst, ob es zur Gründung der Gesellschaft kommt, sondern ob die Errichtung der Gesellschaft nicht wieder rückgängig zu machen ist. — Vgl. Lehmann R. A. G. I. S. 386.

[5]) Vgl. Lehmann R. A. G. I. S. 344.

[6]) Vgl. E.R. 28, 76. — Vgl. Werner, die Aktienzeichnung S. 12. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 76 An. 20. — Renaud R. d. A. S. 67 ff.

Sobald die Gesellschaft errichtet ist, kommt auch ihre Anfechtbarkeit wegen Betrugs in Betracht. Es wird hiebei insbesondere zu untersuchen sein, ob die Zeichnung in ihren verschiedenen Funktionen verschieden behandelt werden muss.

Ist die Gesellschaft errichtet, so tritt sie in das dritte Gründungsstadium ein, das zur Begründung der juristischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft führen soll. Den Abschluss dieses Stadiums und damit des Gründungsgeschäftes überhaupt, bildet die Eintragung der errichteten Gesellschaft in das Handelsregister. Mit dieser Eintragung ist die Aktiengesellschaft als solche entstanden § 200 H.G.B. Der Eintragung in das Handelsregister gehen eine Reihe vorbereitender Akte voraus. Wahl des Vorstands und Aufsichtsrats, bei der Successivgründung durch die hiezu berufene Generalversammlung der Zeichner § 190 H.G.B., Prüfung der Gründung durch Vorstand und Aufsichtsrat und eventuell durch besondere Revisoren, Erstattung des Prüfungsberichts § 192 H.G.B., Anmeldung zum Handelsregister § 195 H.G.B., eventuell noch konstituierende Generalversammlung § 196.

Jede der verschiedenen Erklärungen, die zur Gründung der Aktiengesellschaft notwendig sind, kann durch Betrug hervorgerufen und daher möglicherweise anfechtbar sein. Es ist klar, dass nicht jeder dieser Willenserklärungen im Gründungsvorgang dieselbe Bedeutung zukommt. Es kann die eine oder andere von vornherein fehlen oder nachträglich infolge Anfechtung wieder wegfallen, ohne dass die Existenz der Gesellschaft hiedurch berührt wird. Hiebei wird insbesondere auch auf die Streitfrage einzugehen sein, inwieweit durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ein Mangel der Erklärung geheilt wird. Es ist auch weiter zu untersuchen, ob bei der einen oder anderen dieser Erklärungen Gründe vorliegen, welche die Anfechtbarkeit ausschliessen.

Bei der Lösung der vorliegenden Fragen könnte man daran denken, fortschreitend mit dem Entwicklungsstadium der entstehenden Aktiengesellschaft jede einzelne, zur Errichtung notwendige Erklärung auf ihre Anfechtbarkeit hin zu prüfen, wobei dann noch zu berücksichtigen wäre, ob sich ihre Anfechtbarkeit im Verlaufe des gesamten Entwicklungsstadiums verändert. Dieser Weg wäre jedoch unpraktisch, da alle diese Fragen mit den zwei Hauptfragen zusammenhängen: Kann die Aktienzeichnung angefochten werden?

und: Welches sind die Nichtigkeitsgründe der Aktiengesellschaft? Zu diesen zwei Fragen empfiehlt es sich daher zuerst Stellung zu nehmen.

§ 19. Die Anfechtung der Aktienzeichnung.

Während die Frage der Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung früher sehr bestritten war,[1]) hat Theorie und Praxis heute den feststehenden Rechtssatz ausgebildet: „Die Zeichnungserklärung des Aktionärs ist der Anfechtung wegen Betrugs entzogen.“[2]) Genauer formuliert geht der Satz dahin, dass der Aktionär die Zeichnungserklärung nicht schon deshalb anfechten kann, weil er durch Gründer oder Organe der Gesellschaft betrügerisch zum Beitritt bestimmt wurde.

Die vorliegede Arbeit kann sich deshalb auf die kurze Wiedergabe der Gründe beschränken, aus welchen die herrschende Lehre zu diesem Rechtssatz gekommen ist, der sich nirgends direkt im Gesetz ausgesprochen findet.

Zwei Wege sind eingeschlagen worden: Die einen wollten die Frage der Anfechtbarkeit der Zeichnungserklärung dadurch lösen, dass sie die Natur des durch die Zeichnung begründeten Rechtsverhältnisses untersuchten.[3]) Hiebei stritt man sich insbesondere

[1]) Vgl. Wiener in Z. f. H. XXIV S. 450.

[2]) Bolze in L. Z. 1907 1 ff. — Dernburg B. R. I § 83 Anm. 13 S. 263. — Karl Lehmann § 78, 5 d S. 398. — Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 252. — Gierke, Genossenschaftstheorie S. 132 ff. — Cosack Lehrbuch des H.R. § 115 IIb S. 608. — Wiener in Z. f. H. XXIV 472. — Werner S. 1 ff. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 58 ff. — Leist Archiv f. Zivilist. Praxis Bd. 102 S. 278. — Seufferts Archiv 3. Folge V S. 407. — Hagens in L. Z. 1907, 241 ff. — Staub in Holdheim 10, 133. — Sievers in D. J. Z. 03, 88. — Lehmann im Recht 1901, 459. — Staub § 189 Anm. 25 S. 661. — Lehmann-Ring § 182 Anm. 7 S. 385. — Pinner § 189 VI S. 42. — Ritter § 182 Anm. 2b S. 228 jetzt auch Makower § 182 II d 2 S. 464. — E.R.O.H.G. 5, 415, 20, 270. — E.R. 2, 133, 7, 86, 9, 37, 19, 126, 45, 108, 54, 129, 57, 297, 62, 29, 68, 309. — R.G. in J.W. 99, 306, 1909, 433. — R.G. in D.J.Z. 1902, 435. — R.G. in L.Z. 1908, 535, 1908, 641. — Die zitierten Stellen beziehen sich teilweise nicht auf die Aktienzeichnung, sondern auf die Beitrittserklärungen zur G. m. b. H., Kommanditaktiengesellschaft oder Genossenschaft. Die Sachlage ist aber in allen Fällen dieselbe, deshalb kann, wie dies auch in den hier zitierten Stellen geschehen ist, das für die eine Gesellschaftsform gefundene Ergebnis für die andere verwendet werden.

[3]) Vgl. Werner und dort Zitierten S. 1 ff. — Renaud § 22 S. 222, 242 ff. — Lehmann Lehrbuch § 78, 5 S. 397.

darüber, ob die Zeichnung einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft darstelle. Die Vertreter der ersteren Ansicht konnten sich dann wiederum nicht darüber einigen, wer die Vertragsparteien seien. So wurde die Rechtsunsicherheit nur noch vermehrt. Die Ungangbarkeit dieses Wegs wurde auch bald erkannt. Dass er bei der Betrugslehre besonders unangebracht war geht aus dem in der Einleitung Ausgeführten hervor.[1]) Selbst wenn eine der Konstruktionen unwiderlegbar gewesen wäre, — und dies festzustellen war bei dem mehr oder weniger zweifelhaften Ausgangspunkt einer solchen Konstruktion unmöglich — so blieb doch noch die Hauptfrage offen, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse der Aktiengesellschaft die Konsequenzen aus einer solchen Konstruktion lückenlos zu ziehen seien. Dies hat vor allem das Reichsgericht, das jedenfalls in seiner früheren Rechtssprechung der Lösung von Streitfragen auf konstruktivem Wege durchaus nicht abgeneigt war, schon bald zum Ausdruck gebracht, indem es E.R. 19, 126 ausführte: „Nicht die besonderen zivilrechtlichen Konstruktionen des durch die Zeichnung begründeten Rechtsverhältnisses und des Rechtserwerbes aus demselben seitens der Aktiengesellschaft ist das Entscheidende." Massgebend für die Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung ist vielmehr die Bedeutung die der Zeichnungserklärung innerhalb des Gründungsvorgangs mit Rücksicht auf die gesamte rechtliche Ausgestaltung der Aktiengesellschaft im Rechtsverkehr zukommt.[2]) Hierauf stellen die Untersuchungen Wieners a. a. O. S. 450 und im wesentlichen die sämtlichen übrigen Entscheidungen des Reichsgerichts ab.

Die Aktienzeichnung enthält hienach eine für den Rechtsverkehr bestimmte Kundgebung der Tatsache, dass sich der Zeichner an der zu errichtenden Gesellschaft mit einem bestimmten Betrag beteilige. Diese Kundgebung der Beteiligung hat die Wirkung, dass der Erklärende sich im Rechtsverkehr entsprechend seiner Kundgebung behandeln lassen muss, ganz gleichgiltig, ob das Kundgegebene materiell richtig ist oder nicht. Es handelt sich demnach, bei der Frage der Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung lediglich um einen Anwendungsfall, des schon bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft festgestellten Prinzips[3]) und es

[1]) Vgl. oben S. 3.
[2]) Vgl. E.R. 2, 132.
[3]) Vgl. oben S. 38 ff. und Wiener a. a. O. S. 462.

braucht nur noch festgestellt zu werden, warum hier eine solche Kundgebung vorliegt.

Die Aktiengesellschaft ist eine reine Kapitalgesellschaft. Ihr Kredit beruht darauf, dass das Grundkapital, das von ihr als vorhanden erklärt wird, tatsächlich auch existiert. Zu diesem Zweck hat das Gesetz im Interesse der Allgemeinheit besondere Garantien geschaffen. Die eine Gruppe dieser Schutzbestimmungen zielt darauf hin, dass das kundgegebene Kapital zusammengebracht werde.[1])

Die Aktiengesellschaft geniesst im Verkehr Vertrauen, weil das Registergericht auf Grund seiner Prüfung in das Handelsregister eingetragen hat, dass die Gesellschaft mit einem bestimmten Kapital ins Leben getreten ist. Unter diesen Prüfungen des Registergerichts steht an erster Stelle die Prüfung, dass so viele Beteiligungserklärungen vorliegen, dass das statutengemäss vorgesehene Kapital gedeckt ist. Jede Zeichnung ist in Verbindung mit den andern Zeichnungen die notwendige Voraussetzung für die Eintragung und Veröffentlichung der Entstehung der Gesellschaft mit einem bestimmten Kapital. Erfolgt deshalb die Veröffentlichung des Eintrags der Aktiengesellschaft in das Handelsregister, so werden damit gleichzeitig, wenn auch nur indirekt, die für den Rechtsverkehr erheblichen Beteiligungserklärungen mit Willen jedes einzelnen Zeichners kundgegeben.

Es liegt gerade so, wie wenn bei einer Kommanditgesellschaft der Kommanditist gegenüber dem Registerrichter und durch dessen Vermittlung dem Rechtsverkehr überhaupt erklärt, dass er sich an der Kommanditgesellschaft mit einem bestimmten Betrag beteilige. Wollte man bei der Aktiengesellschaft auch vorschreiben, dass jedes Mitglied seine Beteiligungserklärung direkt gegenüber dem Registergericht abgeben müsse, so wäre dies bei der grossen Anzahl der Mitglieder sehr unzweckmässig. Es wäre auch unnötig, weil bei der rein kapitalistischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft die Persönlichkeit des Beteiligten hinter der Tatsache einer Beteiligung in bestimmter Höhe, gleichviel welcher Person, völlig zurücktritt. Deshalb lässt es das Aktienrecht genügen, dass die Beteiligungserklärung in einfacherer Weise abgegeben und dem Registergericht

[1]) §§ 182 ff., §§ 188 ff., 192 ff., 195 ff. H.G.B. — Vgl. R.O.H.G. 5, 417, E.R. 45, 118, 54, 131, 57, 297.

lediglich die Bescheinigungen vorgelegt werden, dass das im Statut vorgesehene Kapital gezeichnet ist. Dies ändert aber daran nichts, dass der Zeichner ebenso wie der Kommanditist dem Registerrichter, bezw. dem Rechtsverkehr gegenüber die Beteiligungserklärung abgibt. Die Erleichterung die das Gesetz bei Abgabe der Beteiligungserklärung schafft, kann ihr Wesen nicht verändern.[1])

Wenn auch die Haftung aus der Aktienzeichnung lediglich ein Anwendungsfall des oben festgestellten Grundsatzes ist, wonach jeder, der eine für den Rechtsverkehr bestimmte Kundgebung abgibt im Rechtsverkehr gemäss seiner Kundgebung verhaftet ist, so sind doch hier noch einige besondere Feststellungen notwendig.

Es wurde oben Seite 40 hervorgehoben, dass aus der Kundgebung demjenigen gegenüber keine Haftung eintritt, der den Mangel des kundgegebenen Rechtsgeschäfts gekannt hat, etwa den Betrug, der für die Kundgebung bestimmend war. Hienach müsste der betrogene Aktionär gegenüber der betrügenden Aktiengesellschaft, die die Leistung der Einlage verlangt, trotz der Kundgebung nach allgemeinen Grundsätzen den Betrug einwenden können, sofern man die Gründer als Organe der künftigen Aktiengesellschaft betrachtet. Indessen ist diese Konsequenz nur eine scheinbare. An der Richtigkeit des Kundgegebenen sind in erster Linie die Gesellschaftsgläubiger interessiert. Sie sollen geschützt werden. Die Gläubiger der Gesellschaft haben aber keine Möglichkeit, ihre vom Rechte anerkannten Interessen unmittelbar gegen die Kundgebenden geltend zu machen. Ihnen haften die Kundgebenden im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft nur mittelbar. Die Aktiengesellschaft hat dafür zu sorgen, dass die Haftung der Aktionäre ihnen gegenüber wirksam werde. Sie muss die kundgegebenen Einlagen einziehen. Wenn deshalb die Aktiengesellschaft von einem betrogenen Aktionär die Leistung der Einlagen verlangt, so kann dieser den Betrug der Gesellschaft dann nicht einwenden, wenn die Gründer die Betrüger waren. Die Aktiengesellschaft vertritt hier die Interessen der Gesellschaftsgläubiger.[2]) Versagt aber die Anfechtung gegenüber der Gesellschaft nur im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, so muss sowohl Anfechtung wie Einrede wegen

[1]) Vgl. E.R. 2, 133, Wiener a. a. O. S. 466.

[2]) Vgl. Wieland a. a. O. S. 88.

Betrugs der Gesellschaft gegenüber dann statthaft sein, wenn und soweit diese keine Gläubigerinteressen mehr zu vertreten hat.

Es wurde oben weiter hervorgehoben, dass die Kundgebung in beliebigen Formen erfolgen könne, und dass die Kundgebung durch Eintrag in das Handelsregister nur ein besonders markanter Anwendungsfall des Prinzips ist.[1]) Dies gilt für die Aktienzeichnung nicht. Die Kundgebung, die in der Aktienzeichnung liegt, ist in ihrer Wirkung dadurch bedingt, dass die Gesellschaft unter Wahrung der gesetzlichen Vorschriften zustandekommt. Das Gericht soll den Gründungsvorgang prüfen. Dies gibt dem Zeichner eine gewisse Garantie dafür, dass er sich an keinem Schwindelunternehmen beteiligt, insbesondere, dass das im Statut vorgesehene Gründungskapital gezeichnet ist. Es muss deshalb als der Wille des Zeichners angesehen werden, dass nur der Registerrichter ermächtigt ist, für ihn die Tatsache seines Beitritts kund zu machen. Der Dritte muss aber eine solche Beschränkung gegen sich gelten lassen, da nach § 200 H.G.B. die Aktiengesellschaft als solche nur durch Eintrag in das Handelsregister entstehen kann.

Es kann die Kundgebung selbst durch Betrug hervorgerufen worden sein, z. B. es wurde dem Zeichner vorgespiegelt, es handle sich gar nicht um eine Zeichnung, dann ist sie anfechtbar.[2]) Ebenso ist die Aktienzeichnung anfechtbar, bevor die Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde, da solange keine perfekte Kundgebung vorlag. Dies wird allgemein angenommen.[3]) Die Anfechtung hat dann die Wirkung, dass den zur Uebermittlung der Kundgebung an die Oeffentlichkeit Ermächtigten, nämlich den Gründern und eventuell dem Registerrichter diese Ermächtigung rückwirkend entzogen wird, B.G.B. § 142. Wird eine solche Zeichnung trotzdem bei der Anmeldung zum Handelsregister benützt, so liegt die Sachlage genau so, als ob der Zeichner niemals diese Ermächtigung gegeben hätte, als ob sie gefälscht worden wäre. Der

[1]) Vgl. oben S. 39.

[2]) Vgl. § 12. — Lehmann-Ring § 182 An. 7 S. 385. — Wiener a. a. O. S. 472. — E.R. 9, 38. 57, 297. R.G. in D.J.Z. 02, 435.

[3]) Vgl. Staub bei Holdheim 10, 134. — Makower § 182 II 2 d S. 463. — Ritter § 182 2 b S. 228. — Rechtsprechung d. O.L.G. 10, 245. — Staub-Hachenburg § 2 An. 34 S. 47.

anfechtende Zeichner haftet also in diesem Falle nicht, hat er die Einlage schon geleistet, so darf er sie zurückfordern.[1])

Da für die Mitgliedschaft an der Aktiengesellschaft die Beteiligung mit einer Einlage wesentlich ist, so bewirkt die Anfechtung der Zeichnung als Kundgebung, und dies ist gleichbedeutend mit der Anfechtung in ihrer „Haftungsfunktion", (vgl. oben S. 59) auch die Nichtigkeit der Zeichnungserklärung in ihrer Beitrittsfunktion § 139 B.G.B.

Bei der kollektivistisch-kapitalistischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft hätte dies in der Regel für die Existenz der Gesellschaft keine Bedeutung. Der Anfechtungsberechtigte würde eben aus der Gesellschaft ausscheiden § 139 B.G.B. Zweifelhafter wird die Sachlage aber dann, wenn eine grosse Anzahl solcher Anfechtungsberechtigter vorhanden und der Anfechtungsberechtigte ein Gründer oder Hauptaktionär ist. Dann wäre nach allgemeinen Grundsätzen Nichtigkeit der Gesellschaft die Folge. Damit ist aber die zweite hier einschlagende Streitfrage berührt: Sind nicht die Nichtigkeitsgründe der eingetragenen Aktiengesellschaft beschränkt? Diese Untersuchung sei zunächst noch zurückgestellt.

Während die Anfechtbarkeit der Zeichnung in ihrer Haftungsfunktion notwendig die Zeichnungserklärung auch in ihrer Funktion als Beitrittserklärung zu der Gesellschaft vernichtet, braucht umgekehrt die Unanfechtbarkeit der in der Zeichnung enthaltenen Kundgebung nicht notwendig auch die Unanfechtbarkeit der Zeichnung in ihrer Beitrittsfunktion zu bewirken.

Das Reichsgericht E.R. 2, 132 scheint dies allerdings anzunehmen, es führt hiezu aus:

„Bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der einfachen Kommanditgesellschaft werden nur Erklärungen beteiligt zu sein, eingetragen. Die Sicherung des Publikums liegt hier darin, dass die Erklärenden nach Massgabe dieser Erklärung haftbar werden, ohne Rücksicht auf ihre wirklichen Vereinbarungen. Um das interne Verhältnis kümmert sich das Gesetz nicht. Intern hat daher hier jede wirkliche Vereinbarung Anspruch auf Beachtung. Bei der Aktienkommandit- und Aktiengesellschaft wird die Tatsache der

[1]) Ebenso Staub-Hachenburg § 2 An. 34 S. 47. — a. A. Staub bei Holdheim 10, 134. — Zweifelnd Makower § 182 II 2 d S. 463.

Existenz einer Gesellschaft mit einer fest bestimmten Grundverfassung durch die Eintragung zum Ausdruck gebracht. Das Gesetz bezw. die Aufsichtsbehörden, kümmern sich darum, dass die Gesellschaft intern so beschaffen ist, dass sie dem Publikum die nötigen Sicherheiten zu gewähren vermag. Sie kommt daher auch nur mit derjenigen Verfassung zu Stande, die als begründet den Behörden nachgewiesen wird." Das Reichsgericht geht jedoch hier wohl zu weit.[1])

Wohl ist der Kreis der eintragungspflichtigen Tatsachen bei der Aktiengesellschaft etwas grösser als bei den erwähnten beiden andern Handelsgesellschaften, vor allem müssen Abänderungen des Gesellschaftsvertrags der Akiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden § 277, weil die Bedeutung, welche die Aktiengesellschaft im Wirtschaftsleben spielt eine schärfere Staatsaufsicht erfordert. Dies ändert aber daran nichts, dass auch die Aktiengesellschaft trotz der erweiterten Publizitätspflicht über die Ausgestaltung ihres internen Verhältnisses frei beschliessen kann. Gläubiger finden nur insoweit Schutz als es sich um das Zusammenbringen des kundgegebenen Gesellschaftsvermögens handelt und weiter dahin, dass dieses vor ihrer Befriedigung nicht wieder unter die Aktionäre verteilt werde. Diese Interessen sind genügend gewahrt, wenn der Zeichner nach seiner Kundgebung verhaftet bleibt, sie fordern nicht, dass er auch Gesellschafter bleibe. Dieser Standpunkt kommt auch in einer neueren Entscheidung des Reichsgerichts zum Ausdruck.[2])

Fraglich bleibt noch in wie weit die Interessen der Aktionäre der Anfechtung der Zeichnung in ihrer Beitrittsfunktion entgegenstehen. Handelt es sich um eine totale Neugründung, so ist, gleichgiltig wie man den Gesellschaftsvertrag konstruiert, ob als echten Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 B.G.B. oder als Vereinbarung

[1]) Im Ergebnis wie das R.G. Staub § 212 Anm. 20 S. 721, Wiener Z. f. H. XXIV S. 464, — Vgl. auch E.R. in Strafs. 43, 412.

[2]) Vgl. R.G. in J.W. 1899, 306. — E.R. 57. 297 spricht nicht dagegen. In dieser Entscheidung wird nur erörtert, ob die Anfechtung der Kundgebung schlechtweg ausgeschlossen sein soll oder nur soweit hiedurch Gläubigerinteressen berührt würden. Hievon völlig verschieden ist die hier erörterte Frage, ob der Zeichner sein Mitgliedschaftsverhältnis lösen kann, sei es nun unter Aufrechterhaltung seiner Haftung nur im Interesse der Gesellschaftsgläubiger oder auch in dem der Gesellschaft selbst.

oder dergl. das Problem doch nicht wesentlich von dem der Gesellschaft verschieden. Gründer sind Gesellschafter. Haben sie die Zeichner betrügerisch zum Beitritt bestimmt und waren die übrigen Zeichner gutgläubig oder auch selbst Betrogene, so liegt kein Anlass vor, von der für Partialdolus geltenden allgemeinen Norm hier abzuweichen. Hienach kann der betrogene Zeichner auch mit Wirkung gegenüber den gutgläubigen Zeichnern seinen Beitritt anfechten. Ebenso ist es bei betrügerischer Erhöhung des Grundkapitals. Diese unterscheidet sich von der totalen Neugründung in der vorliegenden Frage nur dadurch, dass die schon fertige Gesellschaft als am Rechtsgeschäft Beteiligte auftritt. Die Vorstandsmitglieder, die betrügerisch die Zeichnung veranlassen, handeln in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen. Die Gesellschaft haftet also für ihr Verschulden und ist daher die dolose Beteiligte am Rechtsgeschäft.

Die Folge der Anfechtung der Zeichnung in der Funktion als Beitrittserklärung ist bei der grundsätzlich kollektivistischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft schon nach allgemeinen Grundsätzen (B.G.B. § 139) in der Regel nur das Ausscheiden des Anfechtenden. Damit wäre ihm aber meist nichts genützt. Seine Haftung würde weiter bestehen. Der Anfechtende würde also nur erreichen, dass er zwar noch die wesentlichste Aktionärverpflichtung beibehalten müsste, die Aktionärrechte aber einbüssen würde.

Praktische Bedeutung könnte das Ausscheiden trotz Fortexistenz der Haftung, bei den Nebenleistungsaktiengesellschaften gewinnen. § 212 H.G.B.[1])

Bedeutsam ist die Möglichkeit der Anfechtung der Beitrittserklärung auch deshalb, weil die in der Zeichnung enthaltene Kundgebung nicht ausschliesst, dass auch die Einlage wieder zurückgenommen werden darf, soweit die Gläubigerinteressen dies nicht verbieten.[2])

Von grösster Wichtigkeit könnte aber die Anfechtbarkeit der

[1]) Die Nebenleistung wird heute mit Recht als eine interne gesellschaftliche Verpflichtung aufgefasst, nicht aber als eine kundgegebene Einlage. Da sie nicht den rechtlich geschützten Interessen der Gesellschaftsgläubiger dient und daher auch nicht den Beschränkungen der Anfechtung der Einlageverpflichtung unterworfen ist. — Vgl. Pinner § 212 II S. 94 a. A. Staub § 212 Anm. 20 S. 721.

[2]) Vgl. unten § 30.

Beitrittserklärung werden, soweit sie zur Nichtigkeit der Gesellschaft führen könnte. Ob sie dies kann, hängt davon ab, welche Stellung der Betrogene in der Gesellschaft einnehmen sollte (§ 139 B.G.B.) vor allem aber davon ob nicht die Nichtigkeitsgründe der eingetragenen Aktiengesellschaft beschränkt sind.[1])

§ 20. Die Beschränkung der Nichtigkeitsgründe der Aktiengesellschaft.

Die Streitfrage, soweit sie die vorliegende Arbeit berührt, geht heute dahin, ob § 309 H.G.B. die Nichtigkeitsgründe der Aktiengesellschaft erschöpfend aufführt oder ob auch noch andere Gründe, insbesondere Verstösse gegen § 182 Abs. 1 H.G.B. die Nichtigkeit der eingetragenen Aktiengesellschaft herbeiführen können.

Nicht als erschöpfend werden die Nichtigkeitsgründe des § 309 H.G.B. betrachtet von:

Ritter § 309 Anm. 5 S. 388
Staub § 309 Anm. 2 S. 1034 (8. Auflage)
Makower § 309 III S. 850
Pinner § 309 II S. 320
Cosack § 115 VI S. 615
Goldschmidt bei Holdheim 9, 158, 178
Lehmann in Z. f. H. 49, 358
Gierke in Z. f. H. 45, 504

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von:

Dernburg I § 84, 4 S. 268
Lehmann-Ring § 309 Anm. 3 S. 618
Staub D. J. Z. 03, 335
Hachenburg D. J. Z. 03, 439
Riesser in L. Z. 1909, 337
Simonis a. a. O. S. 46
Keyssner Z. f. H. Bd. 54 S. 285
Kammergericht in: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts 23 A. S. 100.

[1]) Wichtiger ist die Trennung der beiden Funktionen der Beitrittserklärung bei der G. m. b. H. Vgl. unten.

Die Vertreter der ersteren Ansicht begründen dieselbe vor allem damit, dass es an gesetzlichen Bestimmungen fehle, wonach durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister die Geltendmachung einer nach den allgemeinen Vorschriften begründeten Nichtigkeit gehemmt werde. Dieser Grund ist indessen nicht stichhaltig. Als das neue Handelsgesetzbuch die damals sehr umstrittene Frage der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft regelte, war man sich über die Notwendigkeit klar, die vielen Lücken, die das bisherige Recht in dieser Frage aufwies, durch positive Bestimmungen auszufüllen. Man wollte dies, wie aus der Entstehungsgeschichte der §§ 309 ff. mit voller Sicherheit hervorgeht, nicht nur dadurch, dass man Klarheit schaffte über die Nichtigkeitsfolgen, sondern man wollte auch für die Frage der Nichtigkeitsgründe Rechtssicherheit herstellen. (vgl. Hahn-Mugdan VI S. 616.) Selbst Staub a. a. O. S. 1034 gibt zu, dass der Wille der bei der Gesetzgebung mitwirkenden Faktoren darauf gerichtet war, in § 309 H.G.B. die Nichtigkeitsgründe erschöpfend zu behandeln. Ist dies aber der festgestellte Wille des Gesetzgebers, so kann unmöglich angenommen werden, dass er ohne jede Absicht oder irrtümlich in § 309 H.G.B. nur Verstösse gegen § 182 Abs. 2 H.G.B. als Nichtigkeitsgründe aufgeführt hat. Es muss also in § 309 H.G.B. die gesetzliche Vorschrift erblickt werden, durch welche der Gesetzgeber die Nichtigkeitsgründe beschränken wollte.[1]) Dieses Ergebnis widerlegt sich auch nicht dadurch, dass dann zwingende, allgemeine Rechtsvorschriften ihrer Wirkung entkleidet würden. Hierauf legt das Reichsgericht in seiner Entscheidung E. R. 54, 419 Wert. Es handelt sich hier allerdings nicht um eine Aktiengesellschaft, sondern um eine Gesellschaft m. b. H., da aber die für die Gesellschaft m. b. H. in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 75 ff. des Gesetzes betr. die Gesellschaft m. b. H., den Nichtigkeitsvorschriften der Aktiengesellschaft völlig nachgebildet sind, so gilt für beide Gesellschaftsformen dasselbe. Das Reichsgericht hatte hier Bedenken, weil § 125 H.G.B. ausser Kraft gesetzt werden würde. Aber schon in seiner Entscheidung vom 14. III. 1908 in L. Z. 1908, 546 überwindet das Reichsgericht seine Bedenken, als es sich darum handelte für das Gebiet des § 75 des Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H.

[1]) Riesser in L. Z. 1909, 337.

(§ 309 H.G.B.) die Wirksamkeit des § 139 B.G.B. zu verneinen. Auch § 139 B.G.B. ist eine allgemeine und zwingende Vorschrift des bürgerlichen Rechts, von nicht geringerer Bedeutung als etwa die §§ 125, 138, 123 B.G.B. Das Reichsgericht hat in dieser letzteren Entscheidung mit Recht hervorgehoben. „Der § 75 enthält eine besondere Gesetzesvorschrift, welcher auf dem von ihr beherrschten beschränkten Rechtsgebiete gegenüber der im § 139 B.G.B. gegebenen allgemeinen Vorschrift der Vorrang gebührt.“ Dies gilt nicht nur für § 139 B.G.B., sondern auch für andere allgemeine zwingende Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Es ist dies gar nichts besonderes. Auch sonst müssen vielfach allgemeine Rechtsvorschriften für bestimmte Gebiete zurücktreten, weil trotz des zutreffenden Rechtsgedankens, der in der allgemeinen Norm enthalten ist, die Anwendung auf das spezielle Gebiet zweckwidrig wäre.[1]) Daher rührt z. B. auch die besondere Behandlung der Nichtigkeit der Ehe, der Einreden im Wechselrecht u.s.w.

Die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft, auch wenn die Nichtigkeitsfolgen nach § 319 H.G.B. beschränkt würden, hat notwendig grosse wirtschaftliche Schädigungen zur Folge. Die Tätigkeit der Aktiengesellschaft wird gehemmt, wenn die Gefahr besteht, dass aus schwer entdeckbaren Mängeln vielleicht noch nach Jahren ihre Nichtigkeit herbeigeführt werden kann. Dieser Gefahr wollte der Gesetzgeber entgegentreten. Er lässt deshalb nur die in § 309 ausdrücklich erwähnten Nichtigkeitsgründe zu. Die Geltendmachung aller anderen Mängel, gleichgiltig ob formeller oder materieller Natur ist ausgeschlossen.[2]) Diese Beschränkung der allgemeinen Rechtsvorschriften konnte der Gesetzgeber um so unbedenklicher vornehmen, als durch die richterliche Mitwirkung beim Gründungsgeschäft die Gefahr der Verletzung der Gründungsvorschriften auf ein Minimum reduziert ist.

[1]) Vgl. gerade für die Zweckwidrigkeit der Anwendung des § 125 B.G.B. für den vorliegenden Fall Staub D. J. Z. 03, 335.

[2]) Vgl. insbes. Dernburg a. a. O. — Vielfach wird die Geltendmachung formeller Mängel verneint, die von materiellen aber zugestanden, so Hachenburg in D. J. Z. 03, 437. Diese Unterscheidung widerlegt sich dadurch, dass der § 309 nicht nur Fälle vorsieht, in denen wesentliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags fehlen, sondern auch die „Nichtigkeit“ solcher Bestimmungen behandelt. Hiebei kommen zweifellos auch materielle Mängel in Frage und man kann deshalb nicht behaupten, § 309 wolle nur die formellen Mängel ausschliessend regeln, übergehe aber die materiellen Mängel.

§ 21. Die Anfechtung der einzelnen zur Entstehung einer Aktiengesellschaft relevanten Erklärungen.

Nach dem Ausgeführten bleibt hienach nur noch zu untersuchen, inwieweit die betrügerische Bestimmung zur Abgabe einer derjenigen Erklärungen, die zur Entstehung der Aktiengesellschaft notwendig sind, bezw. die hierauf begründete Anfechtung, eine der in den §§ 182 Abs. 2, 309 H.G.B. erwähnten Bestimmungen nichtig machen kann.

Die Gleichstellung der durch Anfechtung bewirkten Nichtigkeit mit der primären erscheint unbedenklich, da sich nirgends ein Anhaltspunkt dafür findet, dass unter den Worten des § 309 „oder ist eine solche Bestimmung nichtig" nur die primäre Nichtigkeit zu verstehen ist.

Zur Gründung der Aktiengesellschaft sind folgende Erklärungen notwendig:

1. Errichtung der Gesellschaft, diese teilt sich wieder ein:
   a) Beitrittserklärung zu der Gesellschaft.
   b) Haftungserklärung.
2. Wahl des Vorstandes und Aufsichtsrats.
3. Gründungsbericht.
4. Anmeldung zum Handelsregister.
5. Eintragung in das Handelsregister.

Bei der Successivgründung schaltet sich zwischen 4 und 5 noch die sog. konstituierende Generalversammlung ein.

Kann nun vom hier vorgetragenen Ausgangspunkt aus die Anfechtung der Zeichnung, sei es in ihren beiden Funktionen, (vgl. oben S. 59), sei es nur in ihrer Funktion als Beitritt zu der Gesellschaft die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft herbeiführen. Die übereinstimmende Ansicht lehnt die Annahme ab, dass bei Wegfall eines Zeichners ein Mangel im Sinne des § 182 Abs. 2 Ziff. 3 H.G.B. entstehe. Man geht hiebei davon aus, dass unter einem Mangel im Sinne des § 309 in Verbindung mit § 182 Abs. 2 Ziff. 3 H.G.B. nicht die zivilrechtliche Giltigkeit der Aktienübernahme gemeint sei, sondern der Fall, dass die Bestimmung über die Höhe des Grundkapitals in der Satzung entweder überhaupt nicht, oder so erfolgt sei, dass sie dem Gesetze nicht entsprechen kann.[1]) Da die andern

[1]) Vgl. Staub § 310 An. 2 S. 1038. — Lehmann-Ring § 309 An. 8 S. 620.

Bestimmungen des § 182 Abs. 2 H.G.B. hier nicht in Betracht kommen, so muss angenommen werden, dass der Wegfall beliebig vieler Zeichner niemals die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft herbeiführen kann.[1]) Hiebei kann kein Wert darauf gelegt werden, ob der Wegfallende Zeichner oder Gründer ist, oder ob durch den Wegfall der Aktiengesellschaft weniger als fünf Gründer verbleiben. Lehmann-Ring, der von demselben Standpunkte wie der hier vertretene ausgeht, drückt sich hier allerdings zweifelnd aus, vgl. § 309, 5 S. 619. Dies erscheint aber nicht konsequent, denn das Fehlen von 5 Gründern ist ein Mangel nach § 182 Abs. 1 und solche sind auch nach ihm bedeutungslos. Zweifelt man dies an, weil § 182 Abs. 2 mit den Worten beginnt: „Der Gesellschaftsvertrag muss bestimmen", so führt man auf diesem Wege alle Mängel des § 182 Abs. 1 wieder als Nichtigkeitsgründe ein und stellt damit die alte Rechtsunsicherheit wieder her. Denn es ist nicht einzusehen, warum es etwa von Bedeutung sein soll, dass nur 4 Gründer sich an der Festsetzung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags beteiligt haben, nicht aber, dass diese Festsetzung nicht in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung erfolgte.[2])

Bei der Zeichnungsgründung ergibt sich noch eine besondere Schwierigkeit aus § 189 Abs. 3 Zif. 1 und 4 H.G.B. Hienach muss der Zeichnungsschein den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags und die in § 182 Abs. 2 H.G.B. vorgesehenen Festsetzungen enthalten. § 182 Abs. 2 H.G.B. enthält aber insbesondere auch die Bestimmung, dass das Grundkapital eine bestimmte Höhe haben muss. Nach § 189 Abs. 3 Ziffer 4 H.G.B. muss der Zeichnungsschein auch den Zeitpunkt angeben, bis zu welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft mit einem nach § 189 Abs. 3 Ziff. 1 H.G.B. vorgesehenen Statut, als insbesondere auch mit dem dort festgesetzten Grundkapital errichtet wird. Der Zeichnungsschein und demnach auch die Kundgebung des Zeichners ist also eine bedingte. Der Zeichner gibt kund, er wolle sich an der Gesellschaft beteiligen, wenn binnen bestimmter Frist (§ 189 Abs. 3 Ziff. 4) eine Gesellschaft errichtet werde, mit dem ihm vorgelegten Satzungsinhalt, ins-

[1]) So auch Lehmann-Ring § 182 An. 15 S. 385 und derselbe ebenso § 309 An. 8 S. 620. — Renaud R. d. A. S. 294.

[2]) Vgl. auch Anmerkung 2 oben S. 71.

besondere mit dem vorgesehenen Grundkapital § 189 Abs. 3 Ziff. 1 mit § 182 Abs. 2.

Wird nun nachträglich eine Zeichnung erfolgreich wegen Betrugs angefochten und der ausfallende Betrag nicht sonst gedeckt (vgl. § 202) so wäre die Bedingung der sämtlichen Zeichner nicht eingetreten. Sämtliche Zeichner wären also an die Zeichnung nicht mehr gebunden. Eine Aktiengesellschaft ohne jeden Zeichner, bezw. Aktionär ist aber undenkbar, die Konsequenz wäre also, entweder, dass man die Anfechtung des Zeichners bei der Successivgründung ausschliessen müsste, oder dass die Anfechtung auch nur eines Zeichners die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft herbeiführen würde. Diese Konsequenz ist jedoch nur eine scheinbare. Da sich der Zeichner mit der Zeichnung auch zugleich dem Beschlusse der konstituierenden Generalversammlung unterwirft und diese unbedingt die Errichtung beschliesst, so muss das Nichteintreten der Bedingung des Zeichnungsscheines ohne Bedeutung bleiben.[1])

Es kann also bei Anfechtung einer Zeichnung auch nicht durch Hinweis auf § 189 die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft hergeleitet werden.

Ob die Anfechtung eines Zeichners die Nichtigkeit der errichteten, nicht eingetragenen Gesellschaft herbeiführt, bestimmt sich nach § 139 B.G.B.[2])

Bei der Durchführung der Anfechtung der Zeichnung ist grundsätzlich zwischen ihren beiden Funktionen zu unterscheiden. Auch hier sind, wie bei der offenen Handelsgesellschaft die Gläubiger Interessenten der Zeichnung in ihrer Funktion als Kundgebung: da ihnen aber, im Gegensatz zu der offenen Handelsgesellschaft, die Aktionäre nicht direkt haften sondern immer nur die Gesellschaft und der Gesellschaft die Aktionäre, so sind die Gläubiger nur mittelbare, die Gesellschaft aber unmittelbare Interessenten. Es wird deshalb die Gesellschaft als Adressat und Anfechtungsgegner zu gelten haben. B.G.B. § 143 Abs. 3.[3]) Die Zeichnung in ihrer Funktion als Beitrittserklärung wurde ursprünglich an die Gesell-

[1]) Vgl. R.G. bei Holdheim 12, 212.

[2]) Durch Feststellungsklage, einstweilige Verfügung kann die Nichtigkeit der Errichtung festgestellt und die Eintragung in das Handelsregister verhindert werden.

[3]) Vgl. oben S. 42.

schafter oder für sie an die Gründer abgegeben. Sie richtete sich an sie mit Rücksicht auf ihre künftige Zugehörigkeit zu einer juristischen Person, der Aktiengesellschaft. Ist diese nun inzwischen in die Stelle des vorübergehenden gesellschaftlichen Verbandes getreten, so wird man annehmen müssen, dass nunmehr auch die Anfechtungserklärung nicht mehr an die einzelnen Gesellschafter, sondern an die Gesellschaft abzugeben ist. In analoger Anwendung des § 28 Abs. 2 B.G.B. wird Erklärung an ein Vorstandsmitglied genügen. Diese Annahme ist schon deshalb notwendig, weil es nicht angängig ist, einen Unterschied zwischen der Anfechtung des Gründers und des gewöhnlichen Zeichners zu machen. Der letztere weiss aber in den meisten Fällen nicht, wer seine Mitzeichner sind.

Ist die Gesellschaft errichtet, so werden ihre Organe bestellt. § 190 H.G.B. Die Bestellung erfolgt entweder durch Wahl seitens der Gründer oder durch Wahl seitens einer von diesen berufenen Generalversammlung. Bei diesen Wahlen können einer oder mehrere der Gründer oder Zeichner durch Betrug zu ihrer Abstimmung veranlasst worden sein. Welche Wirkungen dies für den Beschluss hat, kann hier dahingestellt bleiben.[1]) denn ein solcher Betrug kann jedenfalls nicht mehr die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft herbeiführen, wenn sie in das Handelsregister eingetragen ist.[2]) Insbesondere kann aus § 182 Abs. 2 Ziffer 4/309 nicht das Gegenteil gefolgert werden. da hier nur verlangt ist, dass das Statut Bestimmungen enthalte über die Art und Weise der Bestellung der Organe, dagegen nichts vorschreibt über die Bestellung derselben im konkreten Fall.

Soweit die Anfechtung der Wahl der Organe möglich ist, hat sie rückwirkende Kraft. B.G.B. § 142 Abs. 1. Erfolgt sie also, so wurde die Anmeldung durch Nichtberechtigte vorgenommen. Da aber der Richter von Amtswegen die Eintragung nicht vornehmen kann, so erscheint die Sachlage als dieselbe, wie wenn überhaupt keine Eintragung vorgenommen worden,[3]) die Aktiengesellschaft als solche also nicht entstanden wäre. Diese Konsequenz braucht jedoch nicht gezogen zu werden. Hat die Aktiengesellschaft als

[1]) Vgl. hierüber Heck Festschrift S. 1 ff. — Staub-Hachenburg § 45 Anm. 8 ff. S. 411.

[2]) Karl Lehmann in Jhering Jahrb. Bd. 33 S. 421. — Lehmann R.A. I 421.

[3]) Vgl. Lehmann-Ring § 309 Anm. 4 S. 618.

solche eine Zeit lang bestanden, haben die ersten Organe vielleicht schon längst anderen Platz gemacht, so ist durch konkludentes Verhalten sämtlicher Beteiligter bekundet, dass die Eintragung dem Willen der an der errichteten Gesellschaft Beteiligten entsprach. Ist dies aber der Fall, so kommt es nicht darauf an, dass diejenigen, die sich dem Registergericht als Träger dieses tatsächlich vorhandenen Willens ausgegeben haben, nicht hiezu berechtigt waren. Handelt es sich um eine Zeichnungsgründung, so ist das konkludente Verhalten schon in dem Errichtungsbeschlusse zu sehen.[1])

Die Organe haben den Hergang bei der Gründung zu prüfen und im Falle der qualifizierten Gründung einen Gründungsbericht zu erstatten, § 191. Eventuell werden noch ausserdem besondere Revisoren bestellt, § 192. Mängel in diesem Gründungsstadium werden ganz allgemein als unerheblich für die eingetragene Gesellschaft angesehen, es ist also auch für die Existenz der Gesellschaft gleichgiltig, ob die Prüfenden und Erklärenden durch Betrug zu ihren Ansichten und Erklärungen bestimmt worden sind.[2])

Theoretisch denkbar ist weiter, dass die nach § 195 zur Anmeldung der Gesellschaft beim Registerrichter berufenen Personen durch Betrug zur Anmeldung bestimmt wurden. Ein solcher Betrug ist gleichgiltig, wenn die Gesellschaft nach dem Willen der Beteiligten trotzdem zur Entstehung gelangen sollte.

Möglich ist auch noch, dass der Registerrichter betrügerisch zur Eintragung bestimmt wurde, etwa durch Fälschungen. War in diesem Fall die Eintragung auf Grund der Anmeldung Nichtberechtigter und gegen den Willen der an der Gesellschaft Beteiligten erfolgt, so ist sie nichtig. Die Folge ist dann, dass die Aktiengesellschaft als eine solche nicht entstanden ist, nicht aber Nichtigkeit der Gesellschaft, sofern die Gesellschaft schon errichtet war.[3])

Bei der Zeichnungsgründung können ausserdem noch Mängel des Errichtungsbeschlusses in Betracht kommen. Da nach der hier vertretenen Ansicht § 309 H.G.B. die Geltendmachung der dort

[1]) Vgl. Lehmann R.A. I 429 An. 1.

[2]) Lehmann in Jher. Jahrb. XXXIII S. 420. — Lehmann-Ring § 309 An. 6 S. 619.

[3]) a. A. Lehmann-Ring § 309 An. 4 S. 618.

nicht vorgesehenen Mängel ausschliesst, aus § 309 aber ein solcher Mangel nicht geltend gemacht werden kann, so ist es nach erfolgter Eintragung der Gesellschaft gleichgiltig, ob ein oder mehrere Mitglieder zu ihrer Abstimmung durch Betrug veranlasst worden sind.[1])

Vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister hat jedoch die Anfechtung der Abstimmungserklärung und damit des Beschlusses Wert. Ueber die Art und Weise der Anfechtung, der Abstimmungserklärung und ihre Wirkung für den Beschluss vgl. Anmerkung 1 S. 75. Der Wert der Anfechtung der Abstimmungserklärung wird erhöht durch § 196 Abs. 5. Würde trotz Nichtigkeit des Errichtungsbeschlusses die Aktiengesellschaft zur Eintragung angemeldet und eingetragen werden, so würde die Aktiengesellschaft entstanden sein. Praktisch ist dieser Fall ausgeschlossen.

Der obligatorische Rechtsschutz des betrogenen Aktienerwerbers.

1. Die Schadensersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegenüber der Aktiengesellschaft.

§ 22. a) Des Aktienzeichners.

Es besteht heute kein Zweifel mehr, dass die Aktiengesellschaft auf Grund der allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nämlich der §§ 31,823 ff B.G.B., dem getäuschten Aktionär schadensersatzpflichtig wäre, denn bei der Aktiengesellschaft, und überhaupt bei allen Kapitalgesellschaften, gehört die Aufnahme von Mitgliedern zu den Funktionen der Gesellschaftsorgane. Die Streitfrage geht aber dahin, ob nicht aus besonderen, im Wesen der Aktiengesellschaft liegenden Gründen solche Ansprüche zu beschränken oder auszuschliessen sind. An und für sich ist dies wohl

[1]) So Lehmann-Ring § 309 An. 7 S. 619. — Lehmann in Jher. Jahrb. XXXIII S. 430. — a. A. Staub § 309 An. 3 S. 1035. — Makower § 309 III b 2 S. 851.

möglich, denn bei einem Konflikt zwischen den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und denen des Handelsrechtes gehen nach E.G. zu H.G.B. a 2 die letzteren vor. Ebenso wie in der Frage der Anfechtung der Zeichnung, sind auch in der Frage der Schadensersatzansprüche, die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft m. b. H. und die Kommanditaktiengesellschaft u. A. infolge ihrer analogen rechtlichen Ausgestaltung gleich zu behandeln. Es können deshalb auch hier die für die eine Gesellschaftsform gefundenen Ergebnisse für die anderen verwertet werden.

Theorie und Praxis hat ganz überwiegend angenommen, dass der durch Organe der Aktiengesellschaft betrügerisch zur Zeichnung bestimmte Aktionär keine Schadensersatzansprüche gegen die Aktiengesellschaft hat, oder doch nur solche, die den Ansprüchen der gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger nachstehen.[1])

So unbestritten wie der Satz von der Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung ist dieser Satz jedoch nicht, auch gehen die Begründungsversuche sehr auseinander. Einig ist man sich im wesentlichen darüber, dass bei allen Kapitalgesellschaften der Gesetzgeber Vorsorge dafür treffen musste, dass das dem Verkehr deklarierte Gesellschaftskapital tatsächlich zusammengebracht und nicht vor völliger Befriedigung oder Sicherstellung der Gesellschaftsgläubiger an die Aktionäre zurückgegeben werde. Verhinderte man dies nicht, so lief man Gefahr, die Aktiengesellschaft und die ähnlichen Gesellschaftsformen in Misskredit zu bringen. Wer mit der Aktiengesellschaft in Geschäftsverbindung tritt, hätte sonst nicht nur das gewöhnliche Risiko, das jeder hat, der Geschäfte mit einem Andern abschliesst, nämlich das Risiko der Kreditfähigkeit seines Gegners, sondern er müsste ausserdem riskieren, dass die auf guter finanzieller Basis aufgebaute und gedeihende Gesellschaft durch Rückzahlung der Einlagen sich plötzlich in ein Nichts verwandelt. Wohl besteht auch beim physischen Rechtssubjekt die Gefahr für die Gläubiger, dass sich die finanziellen Verhältnisse des Schuldners plötzlich un-

[1]) Staub bei Holdheim 10, 06. — Sievers in D. J. Z. 03, 88 im Recht 06, 974 ff. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 95 ff. — Bolze in L. Z. 1907, 1. — Hagens in L.Z. 1907, 240. — E.R. 54, 129, - 57. 297, - 62. 30, - 68. 309. — R.G. in J. W. 09, 433 (E.R. 71, 97). — O. L. G. Dresden in Seuff. Archiv 60. Bd. 3. Folge 5. Bd. S. 408. — Staub § 189 An. 25 S. 662. — Ritter § 182 An. 2b S. 228. — a. A. Lehmann in Holdheim 12, 195. — Zweifelnd Makower § 182 II 2d S. 464.

günstig verändern. Die Gläubiger sind aber gegen solche Veränderungen durch den Egoismus ihres Schuldners geschützt, denn sie sind nur dadurch möglich, dass die Vermögensobjekte in den Genuss eines auch wirtschaftlich von dem Schuldner verschiedenen Rechtssubjektes gelangen. Bei den Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit ist die Sachlage anders. Die Aktiengesellschaft ist zwar rechtlich von den Rechtssubjekten der einzelnen Aktionäre verschieden, wirtschaftlich aber mit diesen zusammenfallend. Wirtschaftlich sind die Aktionäre mit Teilen ihres Vermögens Unternehmer der durch die Aktiengesellschaft geführten Geschäfte. Es kann ihnen unmöglich gestattet werden, sich ihrer Haftung zu entziehen, indem sie die verhafteten Teile ihres Vermögens überführen in die Gruppe der nicht verhafteten. Da nur das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern verfangen ist, die einzelnen Gesellschafter dagegen nicht persönlich haften, so ist es ein selbstverständliches Gebot der Gesetzgebung den Kapitalgesellschaften zu verwehren auf Grund einer Vereinbarung die geleisteten Einlagen an ihre Aktionäre ohne vorhergängige Gläubigerbefriedigung — oder Sicherung — zurückzuleisten. Damit ist nun allerdings für die Schadensersatzansprüche, überhaupt für Ansprüche deren Durchsetzung der Aktionär nach allgemeinen Grundsätzen ohne Zustimmung der Aktiengesellschaft erzwingen kann, nichts bewiesen.[1]) Schliesst der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Vereinbarung aus, so schützt er hiedurch die Gläubiger der Gesellschaft ohne eine andere Person zu schädigen. Ausserdem sind bei der Möglichkeit einer Vereinbarung die Gläubiger vor Kollusion von Aktionären und Gesellschaft kaum zu sichern. Bei der Zulassung einseitig erzwingbarer Ansprüche fällt die Kollusionsgefahr weg. Weiterhin bewirkt der Ausschluss solcher Ansprüche nicht nur eine Begünstigung der Gläubigerinteressen, sondern gleichzeitig die Verletzung von Interessen Anderer, die der Gesetzgeber unter normalen Verhältnissen so stark bewertet und schützt, dass er unmittelbar an ihr Vorhandensein die Entstehung von Ansprüchen knüpft. Vom Ausschluss einer vereinbarten Rückzahlung der Einlage bis zu dem, einseitig erzwingbarer Ansprüche, ist daher noch ein weiter Schritt. Will man ihn machen, so bedarf es, bei dem Stillschweigen des

[1]) Vgl. dagegen Sievers D. J. Z. 03, 88. Aehnlich auch E. R. 62, 30.

Gesetzes, des doppelten Nachweises, dass das Wesen der Kapitalgesellschaft ihn fordert und dass das geltende Recht diese Forderung erfüllt hat. Der erstere Nachweis wird wesentlich vereinfacht, durch die Tatsache, dass heute der Satz von der Unanfechtbarkeit der Zeichnung als feststehender Rechtssatz anzusehen ist[1]) und dass dieser Rechtssatz, mögen die Begründungsversuche auch noch so sehr auseinandergehen, im wesentlichen doch auf dem Gedanken beruhen, dass es dem Wesen der Kapitalgesellschaft widerspricht, dass der Aktionär unter Berufung auf interne Willensmängel bei seinem Beitritt zur Gesellschaft, sich seiner Einlageverpflichtung entziehen kann. Wenn es nun auch richtig ist, dass bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Zeichnungsakt formell wirksam bleibt[2]), so kann doch nicht geleugnet werden, dass dies materiell nicht der Fall ist. „Die Schadensersatzansprüche würden im wesentlichen dem Aktionär auf einem Umweg das gewähren, was ihm durch die Unanfechtbarkeit der Zeichnung genommen werden sollte.“[3]) „Es kann kein Zweifel darüber sein“, führt das Oberlandesgericht Dresden a. a. O. aus, „dass es im praktischen Ergebnis in den meisten Fällen auf dasselbe hinauskommt, ob der einzelne Gesellschafter seine Einlage zurückfordert, weil er sich infolge Anfechtung wegen Betrugs nicht mehr an den Gesellschaftsvertrag gebunden hält, oder ob er den gezahlten Preis unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung als Schadensersatz entzieht. Wie durch die Anfechtung der Zeichnung, würde der Aktionär auch durch die Geltendmachung solcher obligatorischen Ansprüche sich seiner beschränkten Haftung entziehen.“ Da die Aktienzeichnung unanfechtbar ist, weil in den Einzahlungsversprechen der Aktionäre die Gewähr für die Sicherung und Befriedigung der Gläubiger liegt, so ist ihnen mit einer formellen Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung nicht gedient. Ihre Interessen fordern die materielle Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung, die Unanfechtbarkeit der finanziellen Beteiligung als solchen. Diese materielle Unanfechtbarkeit würde durch Zulassung von Schadensersatzansprüchen des betrogenen Aktionärs durchbrochen. Man kann deshalb die

[1]) Vgl. Bolze in L. Z. 07, 1 ff.

[2]) Vgl. Lehmann bei Holdheim 12, 196.

[3]) Vgl. Staub § 189 Anm. 25 S. 662.

Zulassung von Schadensersatzansprüchen auch nicht mit Lehmann[1]) durch den Hinweis auf § 221 Satz 2 H.G.B. begründen. Es ist allerdings richtig, dass sich Anfechtungsrecht und Schadensersatzansprüche nicht völlig gleichstehen. Der Aktionär der nur letztere hätte, wäre nach wie vor auf Grund seiner Zeichnung verhaftet. Hätte er seine Einlage noch nicht voll einbezahlt, so bliebe er zur Einzahlung verpflichtet und hätte lediglich eine Gegenforderung deren Aufrechnung ihm durch § 221 Satz 2 H.G.B. versagt ist. Im Konkurs der Aktiengesellschaft müsste der Aktionär trotz des Betruges der Aktiengesellschaft seine Einlage einzahlen und könnte nur in Konkurrenz mit den übrigen Gläubigern den Anspruch auf die Konkursdividende geltend machen. Darin sieht Lehmann einen genügenden Schutz der Gläubiger, weil damit die Wirkung des Zeichnungsaktes gewahrt werde. Auf dies kommt es aber nach dem Ausgeführten nicht an. Die Gläubigerinteressen sind schon dann schwer bedroht, wenn die Zeichner mit solchen Ansprüchen in Konkurrenz mit ihnen am Konkurse teilnehmen, denn liegt einmal eine betrügerische Gründung vor, so würden häufig eine grosse Zahl betrogener Zeichner konkurrieren und das ohnehin schon beschränkte Befriedigungsobjekt der Gläubiger noch weiter schmälern. Die Gläubigerinteressen fordern also völliges Zurücktreten solcher Schadensersatzansprüche hinter den ihrigen. Von der Berücksichtigung dieser Gläubigerinteressen hängt aber die Kreditfähigkeit und damit die praktische Brauchbarkeit der Aktiengesellschaft ab. Man kann deshalb die Wahrung dieser Gläubigerinteressen, und folglich den Satz von der Unanfechtbarkeit der finanziellen Beteiligung als solchen, als Postulat für die gesetzliche Regelung der Aktiengesellschaften betrachten. Erkennt man dieses Postulat als bestehend an, so bleibt nur noch übrig die Bestimmungen hervorzuheben die im Sinne der Erfüllung dieses Postulates liegen. In seiner Entscheidung vom 14. III. 03 führt das Reichsgericht[2]) 2 Gruppen solcher Bestimmungen an. Einmal die §§ 188 ff. betreffend Gründung der Gesellschaft, §§ 192 ff. über die Revision des Gründungshergangs, §§ 182 ff. über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags, §§ 195 ff. über

[1]) Holdheim 12, 195.

[2]) E. R. 54, 131.

die dem Registerrichter zu erbringenden Nachweise und die Aufgaben des letzteren. Von grossem Beweiswert ist diese 1. Gruppe von Bestimmungen jedoch nicht. Sie soll allerdings bezwecken, dass das Gesellschaftskapital zusammenkommt, es liegt dies aber sowohl im Interesse der Gesellschaftsgläubiger wie in dem der Zeichner. Sie gibt daher keine Lösung, wenn es sich um einen Konflikt der durch sie geschützten Interessen der Zeichner und der Gesellschaftsgläubiger handelt. Wichtiger ist hier eine 2. Gruppe von Bestimmungen, die das Reichsgericht in seiner zitierten Entscheidung anführt: §§ 207 ff., 213, 217, 221, 261 ff., 268 ff. Diese Bestimmungen haben zweifellos die Tendenz die Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens vor Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger zu verhindern und zwar unter Zurückdrängung der Interessen der Aktionäre. Das Reichsgericht legt hiebei ausschlaggebendes Gewicht[1]) auf die Vorschrift des § 213, wonach die Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückfordern können und, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch haben auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrag von der Verteilung ausgeschlossen ist. Es wurde schon hervorgehoben, dass für den Fall einer Vereinbarung diese Bestimmung bei einer Kapitalgesellschaft selbstverständlich ist. Indessen ist es doch bedenklich,[2]) wegen der Selbstverständlichkeit dieses Satzes aus § 213 herauszulesen, „dass durch § 213 die Rückforderung der Einlagen gerade dann ausgeschlossen werden sollte, wo nach dem allgemeinen Rechte der Schuldverhältnisse die Rückleistung einer Vertragsleistung begehrt werden könnte, woraus dann zu schliessen wäre, dass eine vom Gesetz, (d. h. durch § 213) untersagte Rückforderung nicht nur dann vorliege, wenn der Aktionär gerade diejenige Zahlung rückgängig machen wolle, die er zur Tilgung der der Gesellschaft gegenüber eingegangenen Einlageverpflichtung gemacht hat, sondern dass auch eine nicht auf Nichtigkeit der Einlageverbindlichkeit, sondern auf ein selbständiges Schuldverhältnis gegründete Forderung ihres sachlichen Inhalts wegen unter diesen Gesichtspunkt fallen kann.“[3])

[1]) Ebenso E. R. 62, 29. — Sievers im Recht 06, 977. — Hagens L. Z. 07, 244.

[2]) Auch die Entstehungsgeschichte spricht dagegen.

[3]) Vgl. Sievers im Recht 06, 978.

Man wird eine sicherere Unterlage für die Entscheidung der Streitfrage erhalten, wenn man von der hier gemachten Feststellung ausgeht, dass es das Wesen einer Aktiengesellschaft notwendig verlangt, dass die Beteiligung eine materiell unanfechtbare ist und dass das Gesetz in der erwähnten 2. Gruppe von Schutzbestimmungen zum Ausdruck gebracht hat, dass es dieses Postulat erfüllt wissen will. Diese Bestimmungen gehören, wie allgemein anerkannt wird, zu den allerwichtigsten des Aktienrechtes. Es kann nicht angenommen werden, dass es sein Prinzip, das es mit grosser Vorsicht umgrenzt (vgl. z. B. Bestimmungen über Bauzinsen, Amortisation und Herabsetzung des Grundkapitals, § 216 über Vergütungen an Aktionäre), durch die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts, die doch nur subsidiäre Geltung haben, über den Haufen werfen will. Dies selbst dann nicht, wenn hienach Interessen die nach allgemeinen Grundsätzen vollen Rechtsschutz geniessen würden, zurücktreten müssen. Dass diese Interessen nicht völlig vernachlässigt werden, wird noch ausgeführt werden. Ein teilweises Zurücktreten ist aber umso unbedenklicher, weil in der, gegenüber den allgemeinen Grundsätzen erweiterten besonderen aktienrechtlichen Haftung ein Ausgleich geschaffen ist vgl. §§ 202 ff. H.B.G. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes müssen den Sonderbestimmungen der Aktiengesellschaft weichen. Die finanzielle Beteiligung an der Gesellschaft ist unanfechtbar. Es kommt hienach nur auf die Wirkung des Anspruchs an, ob er, wie sich das Reichsgericht richtig ausgedrückt hat, (E. R. 62, 29) dem Gegenstand nach vereinbar ist, mit dem Wesen der Aktiengesellschaft. Dies ist für die Schadensersatzansprüche des betrogenen Zeichners zu verneinen. Auf Verschulden der Aktiengesellschaft kommt es nach dem Ausgeführten nicht an.

So einig auch die weitaus herrschende Lehre im Prinzip ist, so weit gehen doch die einzelnen Ansichten bei der Anwendung des Prinzips auseinander. Es ist dies begreiflich, weil das Prinzip selbst erst aus einer Reiche verstreuter Gesetzesbestimmungen gefunden werden musste. Das Reichsgericht erkennt den Satz von der Unanfechtbarkeit der finanziellen Beteiligung für Schadensersatzansprüche des Zeichners ohne Einschränkung an. Es schliesst Schadensersatzansprüche aus der betrügerischen Bestimmung zum

Beitritt zu einer Aktiengesellschaft völlig aus nicht nur insoweit, als es die Interessen der Gesellschaftsgläubiger erfordern.[1])

Hiegegen lassen sich verschiedene Einwendungen erheben. Der völlige Ausschluss dieser Ansprüche würde eine auffallende Privilegierung der Aktiengesellschaft bedeuten, denn es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Betrogene mindestens dem Betrüger gegenüber seinen Schaden geltend machen darf, mag er auch im Interesse der Verkehrssicherheit noch so sehr mit seinen Ansprüchen beschränkt worden sein. Bei dem durch Organe der Gesellschaft betrogenen Zeichner liegen alle Voraussetzungen vor, die ihm nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen die Gesellschaft gewähren. Wiederum nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind aber Ansprüche aus unerlaubter Handlung der Gesellschaft Gläubigeransprüche und nicht mitgliedschaftliche Rechte. Die Besonderheiten der Aktiengesellschaften können zwar der Entstehung solcher Ansprüche entgegen wirken, sie können aber nicht ihre Eigenschaft als Gläubigeransprüche verändern. Der Nachweis, dass es sich um mitgliedschaftliche Ansprüche handelt, weil sie bei Gelegenheit des Eintritts zur Gesellschaft entstanden sind, lässt sich nicht führen.[2])

Mit einem völligen Ausschluss solcher Schadensersatzansprüche würde man deshalb noch den weiteren allgemeinen Grundsatz durchbrechen, wonach die Gesellschafter mit ihren mitgliedschaftlichen Ansprüchen hinter die Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten haben. Es entspricht auch durchaus dem Billigkeitsgefühl, dass bei einer etwaigen Auseinandersetzung derjenige Aktionär, dessen Beitritt auf seinem unbeeinflussten Willen beruhte, erst nach demjenigen zur Befriedigung kommt, der widerrechtlich zum Beitritt bestimmt wurde.

Nur sehr zwingende Gründe könnten zur Durchbrechung dieser allgemeinen Grundsätze führen. Die herrschende Lehre begründet

[1]) Vgl. E.R. 54, 128 „die sowohl zum Schutze des mit der Aktiengesellschaft kontrahierenden Publikums, als im Interesse der Gesamtheit der Aktionäre getroffenen Vorschriften . . . . — Vgl. weiter E. R. 57, 297 (Verein. Zivilsenate für den allerdings nicht völlig gleichzubehandelnden Fall bei einer eingetr. Genossenschaft). — Wie das Reichsgericht, Staub § 189 An. 27 S. 662. — a. A. Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 117 ff. — Zweifelnd Makower § 182 II S. 465.

[2]) R. G. in J. W. 09, 433. — Lehmann in Holdheim 12, 195. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 96. 123. — a. A. Staub § 232 An. 43 S. 789. — Bolze L. Z. 07 S. 1.

eine solche damit, dass die Kundgebung, die in der Aktienzeichnung enthalten sei, sich nicht nur an die Adresse der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch an die der Aktionäre richte und dass auch die zitierten Schutzbestimmungen gleichzeitig den Interessen der Gesamtheit der Aktionäre dienen.[1])

Der erstere Grund ist zweifellos nicht durchschlagend. Kann die in der Zeichnung enthaltene Kundgebung nicht den Ausschluss der Schadensersatzansprüche im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern rechtfertigen[2]) so kann dies um so weniger im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern der Fall sein, da diese ihre Beteiligungserklärungen allerhöchstens gleichzeitig abgeben und nicht wie die Gesellschaftsgläubiger erst mit der entstandenen Gesellschaft in Verbindung treten. Es bleibt daher nur das 2. Argument übrig. Auch dieses ist zweifelhaft. Richtig ist, dass die vom Reichsgericht in seiner Entscheidung 54, 131 zitierten Bestimmungen nicht nur die Gläubigerinteressen sondern auch die der Aktionäre schützen wollen. Es werden aber sowohl durch Ausschluss wie durch Zulassung von Schadensersatzansprüchen Interessen der Aktionäre geschützt, im ersteren Fall ihre gesellschaftlichen Interessen, im letzteren Fall ihre Sonderinteressen. Die Begünstigung der einen Interessengruppe kann lediglich auf Kosten der andern erfolgen. Da, wie noch dargelegt werden wird, durch die Zulassung von Schadensersatzansprüchen dem betrogenen Aktionär grundsätzlich kein Mittel in die Hand gegeben wird, die Auflösung der Gesellschaft ganz oder teilweise zu erzwingen, so rechtfertigt das Wesen der Aktiengesellschaft nicht eine Bevorzugung der gesellschaftlichen Interessen und deshalb auch nicht die Durchbrechung wichtiger allgemeiner Rechtsgrundsätze. Der oben festgestellte Grundsatz von der Unanfechtbarkeit der finanziellen Beteiligung ist daher einzuschränken. Schadensersatzansprüche sind nicht völlig ausgeschlossen, sondern sie müssen lediglich hinter die Ansprüche der gewöhnlichen Gläubiger zurücktreten. Privilegiert sind die gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger, obwohl in der Regel ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft erst nach denen der betrogenen Gesellschafter entstanden sind. Daraus folgt, dass alle diejenigen, die in einem beliebigen

[1]) E.R. 54, 128. — Staub § 189 An. 27 S. 662.

[2]) Vgl. oben S. 80.

späteren Zeitpunkt einmal Gläubiger der Gesellschaft werden, und dies ist möglich, so lange die Gesellschaft überhaupt besteht und die Liquidation nicht durchgeführt ist, den betrogenen Gesellschaftern vorgehen.

Der betrogene Gesellschafter kann also seine Ansprüche gegen die Gesellschaft grundsätzlich erst dann geltend machen, wenn die Gesellschaft aufgelöst und entweder die Gesellschaftsgläubiger im Liquidationsverfahren oder im Konkursverfahren befriedigt wurden. Hiebei wirft sich die Frage auf, ob der betrogene Gesellschafter die Auflösung erzwingen kann. Wieland[1]) hat dies bejaht. Denkbar ist Totalauflösung sowie Partialauflösung in den Formen der Herabsetzung des Grundkapitals. Da die Gläubiger gegen Rückzahlung des Gesellschaftskapitals in einer aktienrechtlich zulässigen Form nicht geschützt sind, so stehen ihre Interessen einer Partialauflösung mittels Herabsetzung des Grundkapitals nicht entgegen. Gemäss § 288 H.G.B. erfordert die Herabsetzung des Grundkapitals einen Beschluss der Aktionäre. Es fragt sich, ob die Aktionäre dem Betrogenen gegenüber zu dieser Beschlussfassung verpflichtet sind. Sind ausser dem Betrogenen nur solche Aktionäre vorhanden, die am Betruge beteiligt waren, wie es z. B. bei einer Simultangründung leicht vorkommen kann, so hat der Betrogene aus dem Betrug gegen sämtliche Aktionäre Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung. Hienach kann er Wiederherstellung des Zustandes verlangen, der ohne den Betrug bestehen würde, das ist aber völlige Befreiung von seiner Mitgliedschaft und ihren Folgen. Unter Umständen wird diese Befreiung von der Mitgliedschaft am zweckmässigsten erreicht durch Herabsetzung des Grundkapitals. Der Betrogene hat dann gegen seinen betrügenden Mitgesellschafter einen Anspruch auf Abstimmung und Herbeiführung des Beschlusses, soweit dies zur Durchführung der Herabsetzung erforderlich ist.[2])

In der Mehrzahl der Fälle werden aber nur wenige der Aktionäre am Betruge beteiligt gewesen sein. Dann sind die unschuldigen Aktionäre dem Betrogenen gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, den Herabsetzungsbeschluss zu fassen, weil die Gründer oder Organe der Gesellschaft betrügerisch gehandelt haben. Nur der Gesellschaft können durch Handlungen dieser Personen Ver-

[1]) Z. f. H. Bd. 64 S. 121.

[2]) Vgl. näheres Hachenburg in L. Z. 08 S. 645 ff.

pflichtungen erwachsen, nicht aber auch den Gesellschaftern. Dies gilt zweifellos für Handlungen der Organe, es muss für die der Gründer ebenfalls gelten, denn da aus den Handlungen der Gründer während des Gründungsstadiums der Gesellschaft auch nur ihr und nicht den Gesellschaftern Rechte erwachsen, so können ihre Handlungen für die Gesellschafter auch keine Verpflichtungen begründen. Es kann hiebei ganz dahingestellt bleiben wie man diesen unmittelbaren Rechten- und Pflichtenübergang auf die Gesellschaft konstruieren will.[1]) Es vertreten ja auch rein tatsächlich die Gründer oder Organe nicht die einzelnen Gesellschafter. Tatsächlich vertreten sie die Gesellschafter nur in der Wahrung ihrer gemeinschaftlichen Interessen, dagegen nicht in der Geltendmachung ihrer privaten Interessen, soweit diese durch die Zugehörigkeit zur Gesellschaft berührt werden. Auch diese letzteren dürfen die Gesellschafter bei ihrer Abstimmung berücksichtigen Eine andere Form der Herabsetzung des Grundkapitals als durch Gesellschafterbeschluss kennt aber das geltende Recht nicht. Man könnte daran denken, dem Betrogenen eine Klage auf Herabsetzung des Grundkapitals gegen die Gesellschaft zu gewähren. Man würde jedoch hiebei auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen. Würde der Betrogene seinen Klageantrag darin fassen die Gesellschaft zu verurteilen das Grundkapital um einen bestimmten Betrag herabzusetzen und würde er ein entsprechendes Urteil auch erhalten, so wäre ihm damit nichts genützt. Die Gesellschaft könnte, selbst wenn sie wollte, nicht gegen den Willen der zur Beschlussfassung nötigen Majorität dem Urteil nachkommen, denn auch die Gesellschaft hat gegen die unschuldigen Gesellschafter keinerlei Ansprüche auf Abstimmung. Es wäre hienach der Gesellschaft vor allem auch unmöglich, die erforderlichen Einträge ins Handelsregister zu erreichen. Auch die Annahme, die rechtskräftige Verurteilung der Gesellschaft ersetze gemäss § 894 C.P.O. den Gesellschafterbeschluss ist abzulehnen. Der Beschluss der Gesellschafter ist keine Willenserklärung, sondern nur ein Vorgang bei der Willenserklärung der Gesellschaft, fasst man ihn aber unter den Begriff der Willenserklärung, so ist er jedenfalls keine selbständige Willenserklärung wie sie in § 894 C.P.O. vorausgesetzt ist.[2])

[1]) Vgl. hiezu Wiener Z. f. H. Bd. 24 S. 30. — Behrend § 113 S. 777.

[2]) Vgl. Staub-Hachenburg § 45 Anm. 8 S. 411. — Heck Festschrift S. 349.

Die Partialauflösung kann also der Betrogene, vom erwähnten Ausnahmefall abgesehen, nicht erzwingen. Die Totalauflösung der Gesellschaft erfordert, da die Aktiengesellschaft eine Auflösung ex nunc infolge Kündigung nicht kennt, ebenfalls einen Beschluss der Gesellschafter, den der Betrogene grundsätzlich ebensowenig erzwingen kann wie den Beschluss zwecks Herabsetzung des Grundkapitals. Trotzdem sind die Ansprüche gegen die Gesellschaft unter Wahrung der Gläubigerinteressen nicht bedeutungslos. Die wichtigste Konsequenz ergibt sich für den Konkursfall. Nach der hier vertretenen Auffassung geht der Betrogene mit seinen Schadensersatzansprüchen den Auseinandersetzungsguthaben der Aktionäre vor. Selbst bei bestehender Gesellschaft kann der Betrogene zur Befriedigung kommen. Da der nach der jährlichen Bilanz verfügbare Reingewinn ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger zur Amortisation und zur Verteilung an die Gesellschafter verwendet werden darf, so kann ihn auch der Betrogene ohne vorgängige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger mit Beschlag belegen.

Im übrigen ist der betrogene Gesellschafter neben etwaigen Ansprüchen an Gründer oder Organe auf seine mitgliedschaftlichen Rechte zur Wahrung seiner Interessen beschränkt. Vgl. §§ 250, 254 ff., 266 ff., 268, 271.[1])

§ 23. Schadensersatzansprüche des Aktienerwerbers von Dritten.

Eine weitere Streitfrage geht dahin, ob auch derjenige keine Schadensersatzansprüche gegen die Aktiengesellschaft geltend machen kann, der, bestimmt durch den Betrug ihrer Organe, von einem Dritten Aktien gekauft oder sonstwie erworben hat. Die Rechtssprechung hat sich mit dieser Frage wiederholt befasst und sie in verschiedenem Sinne beantwortet. In seiner Entscheidung vom 23. XI. 1881[2]) hat das Reichsgericht für eine Kommanditaktiengesellschaft solche Schadensersatzansprüche im Gegensatz zu solchen des betrogenen Zeichners zugelassen. In E. R. 54, 131 ist

[1]) Vgl. E. R. 54, 131.

[2]) E. R. 7, 86, vgl. auch D. J. Z. 97, 385.

die Frage für die Aktiengesellschaft berührt und ausdrücklich hervorgehoben worden: „Zweifellos müssen die Erwägungen, welche dazu führen dem durch die Mitglieder des Vorstandes getäuschten Zeichner einen Schadensersatzanspruch gegen die Aktiengesellschaft zu versagen, auch dann Platz greifen, wenn jemand durch schuldhaftes Verhalten der Vorstandsmitglieder veranlasst worden ist, Aktien der Gesellschaft zu kaufen und dadurch Mitgliedschaftsrechte zu erwerben.[1]) In demselben Sinne hat sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 8. XI. 05,[2]) wo diese Frage zur unmittelbaren Beurteilung stand, ausgesprochen. Noch rückhaltloser hat sich das Oberlandesgericht Dresden zu derselben Auffassung bekannt.[3])

Neuerdings ist dann das Reichsgericht wieder zu seinem ursprünglichen Standpunkt zurückgekehrt.[4]) Schon seine Entscheidung vom 1. V. 08 betr. Schadensersatzansprüche des Erwerbers eigener Stammanteile einer Gesellschaft m. b. H. enthält Gründe aus denen hervorgeht, dass es auch die Zulässigkeit der hier erörterten Schadensersatzansprüche bejaht. Die neueste Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. IV. 09[5]) hat diese Schadensersatzansprüche auch für die Aktiengesellschaft anerkannt. Das Reichsgericht hält auch in dieser Entscheidung daran fest, dass der betrogene Zeichner keine Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft hat. Es ist jedoch nach seiner Auffassung die Rechtslage des betrogenen Zeichners von der des betrogenen Aktienkäufers verschieden. Es führt hier aus: „Die Zeichnung muss der Anfechtung oder Wiederaufhebung entzogen sein, wenn nicht die rechtliche oder wirtschaftliche Existenz gefährdet oder in Frage gestellt werden soll. Ist aber die Aktiengesellschaft mit ihrem ursprünglichen oder mit dem erhöhten Grundkapital ins Leben getreten, so verbietet zwar auch jetzt das Gesetz, dass durch Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern über Rückzahlung der geleisteten Einlagen oder über den Bezug von Zinsen in bestimmter Höhe oder durch Rechtshandlungen dieser Art das Gesellschaftskapital nachträglich

[1]) Ebenso Sievers D. J. Z. 03, 88.
[2]) E. R. 62, 29.
[3]) Urteil vom 26. I. 05 in Seufferts Archiv 60. Bd. 3 F. 5 Bd. S. 408.
[4]) E. R. 68, 309.
[5]) R. G. in J. W. 09, 433 (E. R. 71, 97).

seinem Zweck entfremdet werde. Dagegen kann der Gesetzgeber weder im allgemeinen noch im speziellen Vorsorge dagegen treffen, dass die Aktiengesellschaft bei ihrer Betätigung im Verkehrsleben keine Einbusse an ihrem Grundkapital erleidet. Die Aktiengesellschaft muss im Rechtsverkehr genau ebenso behandelt werden wie jedes andere Rechtssubjekt: Sie geniesst kein Privileg, auch nicht gegenüber ihren eigenen Aktionären. Tritt sie durch ihre Organe mit diesen in rechtsgeschäftlichen Verkehr oder wird sie ihnen aus unerlaubter Handlung verpflichtet, so ist sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ihnen gegenüber, wie gegenüber jedem Dritten verbunden. Das Gesetz bietet keinen genügenden Anlass für die Annahme, dass die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Verkehrsrechts im Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären jeweils da ausgeschlossen sein sollte, wo sie in ihrer Rückwirkung für den Vermögensbestand einer völligen oder teilweisen Rückzahlung der Einlage der Aktionäre gleichkommt. Der Aktionär steht in diesen Fällen der Gesellschaft überall in seiner Eigenschaft als Gläubiger gegenüber und die Gesellschaft kann seine Eigenschaft als Gläubiger und seine daraus sich ergebenden Rechte nicht dadurch beseitigen oder unwirksam machen, dass sie geltend macht er sei zugleich ihr Gesellschafter. Der Aktionär, welcher eigene Aktien der Gesellschaft von ihr erworben hat und welcher durch unrichtige Angaben ihrer Vorstandsmitglieder zu diesem Kauf veranlasst worden ist, macht seine Ansprüche nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern in seiner Eigenschaft als Käufer der Aktien geltend. Der von ihm beanspruchte Schadensersatz ist nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich etwas anderes, als die auf das Grundkapital geleistete Einlage.

Die Grundsätze, welche aus dem Gesellschaftsverhältnis abgeleitet, die gesellschaftliche Beteiligung des Aktionärs bei der Gründung oder Kapitalerhöhung der Anfechtung oder Wiederaufhebung entziehen, dürfen nicht auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden, welche zwar in ihrem Effekt gleichfalls eine Beteiligung an der Aktiengesellschaft herbeiführen, die aber ihrem Wesen nach keine unter dem Gesellschaftsrecht stehende Rechtsakte sind, sondern Umsatzverträge gerichtet auf den Erwerb von Wertobjekten gegen Entgelt.“[1]) Schliesslich hebt das Reichsgericht unter Zitierung eines

[1]) Ähnlich auch E. R. 7, 86 und Staub § 232 An. 43 S. 789.

Aufsatzes von Heck[1]) den Widerspruch hervor, der bei Ausschluss der Schadensersatzansprüche des Aktienkäufers mit § 45 des Börsengesetzes entstehen könne, indem es dort ausführt: „Es widerspricht der Auffassung des Verkehrs, dass für die Verkäufe eigener Aktien der Aktienbanken andere als die allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten sollten. Dasselbe gilt aber auch von der Prospekthaftung des § 43 des Börsengesetzes (vgl. § 45 dieses Gesetzes in seiner neuen Fassung). Wenn hier das allgemeine Prinzip aufgestellt ist, dass diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben oder von denen der Prospekt ausgeht für die Unrichtigkeit der in ihm enthaltenen für die Beurteilung des Wertes der Aktien erheblichen Angaben haften, so kann diese ausserhalb des Gesellschaftsrechts stehende Haftung nicht dadurch ausser Wirksamkeit gesetzt werden, dass der Aktionär durch den Ankauf der Aktien Gesellschafter der Aktiengesellschaft wird. Wollte man dies annehmen, so würde die gesetzliche Prospekthaftung gerade in den Fällen versagen, für die sie in 1. Reihe bestimmt ist, denn in der Regel wird der Prospekt von der Aktiengesellschaft „ausgehen", welche die Zulassung ihrer Aktien zum Börsenhandel betrieben hat."

Den Nachdruck in der Begründung für die abweichende Behandlung des Aktienzeichners vom Aktienkäufer legt das Reichsgericht auf die konstruktive Erwägung, wonach der Aktienzeichner nur mitgliedschaftliche Rechte erwerben könne, weil sein Beitritt auf einem gesellschaftlichen Rechtsakte beruhe, der Aktienkäufer dagegen auch Gläubigerrechte, seien es vertragliche Rechte, solche aus unerlaubter Handlung oder aus der besonderen Haftung des Börsengesetzes, weil sich seine Ansprüche auf ein Verkehrsgeschäft der Aktiengesellschaft stützen. Gerade diese konstruktive Begründung durch das Reichsgericht ist jedoch sehr zweifelhaft. Es wurde schon hervorgehoben, dass auch die Ansprüche des betrogenen Aktienzeichners Gläubigerrechte sind, dass also auch der betrogene Zeichner in seiner Person Gläubigerrechte und gesellschaftliche Rechte vereinigt. Wenn es jedoch richtig wäre, dass der betrogene Zeichner wegen der Besonderheiten der Aktiengesellschaft nur mitgliedschaftliche Rechte erwerben könnte und nicht zugleich auch Gläubigerrechte, so müsste dies für den Problemfall ebenfalls gelten.

[1]) L. Z. 08, 918.

Jedenfalls lässt sich aus der Form des Beitritts keine abweichende Behandlung rechtfertigen, da wie dargelegt, die Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Zeichners ebenfalls nicht auf die Natur des Zeichnungsaktes als Kundgebung für den Rechtsverkehr begründet werden konnte.[1]) Aus welchem andern Grund sollen aber dann die Ansprüche aus unerlaubter Handlung des getäuschten Zeichners keine Gläubigeransprüche sein, wohl aber diejenigen des getäuschten Aktienkäufers? Oder warum sollen sich die Verhältnisse dann ändern, wenn die Aktiengesellschaft bei der Vornahme ihrer betrügerischen Handlung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zu dem getäuschten Aktienerwerber gehandelt hat? Dies vertritt Bolze L. Z. 07 S. 4.[2]) Aber ein solches Vertragsverhältnis kann auch zwischen der Aktiengesellschaft und dem Zeichner bestehen und doch will Bolze, ebenso wenig wie das Reichsgericht, hier Schadensersatzansprüche zulassen. Auf konstruktivem Wege kann die Entscheidung demnach nicht gefunden werden. Bei der Frage der Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung und der Schadensersatzansprüche des Aktienzeichners hat das Reichsgericht unter Verzicht auf konstruktive Erwägungen untersucht, ob solche Ansprüche mit dem Wesen der Aktiengesellschaft vereinbar sind. Dies war auch beim vorliegenden Problemfall der wesentliche Gesichtspunkt in seiner Entscheidung 62, 29. In seiner neuesten Entscheidung hat das Reichsgericht dieses Kriterium zu Unrecht in den Hintergrund gedrängt. Massgebend für die Entscheidung sind hienach die Gläubigerinteressen. Soweit diese reichten, bewirkten sie beim Zeichner den Ausschluss von Schadensersatzansprüchen, obwohl hiedurch notwendig eine gewisse Privilegierung der Aktiengesellschaft selbst damit verknüpft war. Es lässt sich nun nicht bestreiten, dass es vom Standpunkt dieser Gläubiger aus völlig gleichgiltig ist, ob es sich um Schadensersatzansprüche des Zeichners oder eines Aktienkäufers handelt. Wie das Oberlandesgericht Dresden und das Reichsgericht in seiner früheren E. R. 62, 29 zutreffend hervorgehoben haben ist wesentlich, dass die zu Recht bestehende Beteiligung des ersten Aktionärs auf den Aktienerwerber übergegangen ist. Diese Beteiligung soll ihrer Wirkung nach auf-

[1]) Vgl. dagegen Staub § 232 An. 43 S. 789. — Hachenburg im Recht 07, 227.

[2]) Hiegegen auch Hagens in L. Z. 07, 243.

gehoben werden und zwar ohne dass die Aktiengesellschaft sich zum Ersatz wieder an den alten Aktionär halten kann.[1]) Es fordert deshalb das Wesen der Aktiengesellschaft hier ebenso wie beim Zeichner die Beschränkung der Schadensersatzansprüche im Gläubigerinteresse. Die gesetzliche Begründung im geltenden Recht für die Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Zeichners wurden im wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht darin gefunden, dass das Gesetz in den §§ 207 ff., 213, 217, 221, 261, 268 ff. die Geltung dieses Prinzips zum Ausdruck gebracht hat.[2]) Ist dies aber richtig, und das Reichsgericht kann dies nicht bestreiten, ohne seiner ausdrücklich anerkannten und aufrecht erhaltenen Entscheidung vom 14. III. 03[3]) die Grundlage zu entziehen, so fehlt es auch nicht an einer gesetzlichen Begründung im geltenden Recht für die Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Aktienkäufers. Solche Ansprüche sind nach der Auffassung des Gesetzes „dem Gegenstand nach unvereinbar mit den Grundsätzen des Aktienrechts" und deshalb unzulässig. Von den Argumenten des Reichsgerichts bleibt demnach nur noch der Hinweis auf die angebliche Unvereinbarkeit des § 45 des Börsengesetzes mit dem Ausschluss, bezw. der Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Aktienkäufers übrig.

Unmittelbar könnte § 45 des zit. Gesetzes jedenfalls nur eine Entscheidung für diejenigen Fälle geben in denen bei der Aktiengesellschaft auch der Tatbestand des § 45 vorliegt, d. h. wenn die Aktiengesellschaft in einem von ihr erlassenen oder ausgegangenen Prospekt zwecks Zulassung ihrer Aktien zum Börsenhandel betrügerische Angaben gemacht hat. Da jedoch vom Standpunkt der Gesellschaftsgläubiger aus eine solche Haftung noch viel gefährlicher wäre als die Haftung in einem vereinzelten, speziellen Betrugsfall, und nur die Gläubigerinteressen die Beschränkung der Schadensersatzansprüche rechtfertigen können, so ist es naheliegend, bei Bejahung von Schadensersatzansprüchen für den Fall, dass der Tatbestand des § 45 des Börsengesetzes gegeben ist, diese ganz allgemein

[1]) Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob der Aktienkäufer sein Mitgliedschaftsrecht originär oder derivativ erwirbt. — Vgl. dagegen Hachenburg im Recht 07 228.

[2]) E. R. 54, 128.

[3]) E. R. 54, 128.

dem von der Aktiengesellschaft betrogenen Aktienkäufer zu gewähren. Ja noch weitergehender wirft sich dann die Frage auf, ob nicht dann überhaupt dem betrogenen Aktienerwerber, also auch dem Aktienzeichner unbeschränkte Schadensersatzansprüche zustehen, denn bei einer Erhöhung des Grundkapitals[1]) kann die Aktiengesellschaft die Zulassung der neuen Aktien zum Börsenhandel vor der Zeichnung oder gleichzeitig damit beantragen[2]) und die Zeichner durch betrügerische Angaben in einem von ihr zu diesem Zweck erlassenen Prospekt zur Zeichnung bestimmt haben.

Diese Erwägungen rechtfertigen es, besonders vorsichtig zu sein, mit einer etwaigen Feststellung, die dahin ginge, dass für das Gebiet des § 45 des Börsengesetzes das aktienrechtliche Prinzip durchbrochen werde. Es erscheint bedenklich eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts durch Hinweis auf eine vereinzelte börsenrechtliche Vorschrift erschüttern zu wollen. So lässt denn auch Dove[3]) das aktienrechtliche Prinzip dem § 45 des Börsengesetzes ohne weiteres vorgehen. Er fasst wohl demnach die börsenrechtliche Vorschrift gegenüber den aktienrechtlichen Bestimmungen nicht als lex specialis auf. Aber auch wenn man das Gegenteil annimmt,[4]) so ist deshalb doch nicht die unbeschränkte Zulassung von Schadensersatzansprüchen des Aktienkäufers die notwendige Konsequenz. Es wurde schon ausgefürt, dass es sich nicht um einen völligen Ausschluss von Schadensersatzansprüchen handelt, sondern nur um ein Zurücktreten dieser Ansprüche hinter denjenigen der gewöhnlichen Gläubiger. Schon aus diesem Grunde ist § 45 nicht unvereinbar mit dem aktienrechtlichen Grundsatz. Hält man eine solche, allerdings sehr eingeschränkte Prospekthaftung nicht für genügend, so braucht wiederum die notwendige Konsequenz nicht die unbeschränkte Zulassung solcher Schadensersatzansprüche zu sein, sondern es fragt sich dann, ob nicht die Zulassungsanträge der Aktiengesellschaften auf Zulassung ihrer eigenen Aktien zurückzuweisen sind.[5]) Wenn demgegenüber von Heck darauf hingewiesen wird „dass die Unterzeichnung des Prospektes durch den Vorstand

[1]) Vgl. unten S. 191.

[2]) Vgl. § 38 des Börsengesetzes.

[3]) In Rehm, Kom. zum Börsengesetz 1909, § 45 An. 8 S. 173.

[4]) So Heck L. Z. 08, 918.

[5]) So Werner L. Z. 08, 592, dagegen Dove a. a. O. S. 173.

der Aktiengesellschaft weder eine Neuerung sei, noch eine Ausnahme, die der Gesetzgeber übersehen konnte, sondern die alther gebrachte und allgemeine Regel" und weiter darauf, „dass meist von der Gesellschaft selbst der Erlass des Prospektes ausgehe,[1]) so kann daraus doch nicht der Schluss gezogen werden, „dass der Gesetzgeber die allgemeine Fassung des § 45[2]) nicht gewählt hätte, wenn er von der (grundsätzlichen) Nichthaftung der Gesellschaft ausgegangen wäre und damit gerechnet hätte, dass die Gesellschaft niemals in Anspruch genommen werden kann", denn § 45 des Börsengesetzes ist lediglich eine unveränderte Wiedergabe des § 43 des Börsengesetzes in seiner Fassung vom 22. VI. 1896, und gerade während der Herrschaft des § 43 des alten Börsengesetzes und kurz vor seiner Neuredaktion hat die reichsgerichtliche Rechtssprechung ganz generell und ohne Erwähnung einer etwaigen Einschränkung aus § 43 des Börsengesetzes den Satz von dem Ausschluss der Schadensersatzansprüche des Aktienkäufers ausgebildet.[3])

Der Umschwung in der Ansicht des Reichsgerichts trat erst nach der Formulierung des § 45 des neuen Börsengesetzes ein.[4]) Bei der Neuredaktion des Börsengesetzes musste man also damit rechnen, dass die Praxis dem Aktienkäufer, auch soweit der Tatbestand des § 45 vorlag, Schadensersatzansprüche gegen die Aktiengesellschaft versagen werde.

Noch weniger braucht der Ausschluss oder die Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Aktienkäufers gegen die am Prospekt beteiligte Aktiengesellschaft den Ausschluss oder die Beschränkung solcher Ansprüche auch gegen die übrigen Emittenten herbeizuführen. Diese Konsequenz hat Heck aus den beiden eben zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts gezogen. Er führt hiezu aus: „Die Emissionshäuser beziehen ihre Information von der Gesellschaft. Sie haben schon deshalb meistens Regress bei eigener Inanspruchnahme. Wenn nun ein Aktionär ein regressberechtigtes Emissionshaus in Anspruch nimmt, dann muss auch von ihm

[1]) Vgl. Heck a. a. O. S. 918.

[2]) Wonach haftbar sind „diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlass des Prospektes ausgeht."

[3]) R. G. I. C. S. vom 14. III. 03. Bd. 54 S. 128 ff. — R. G. I. C. S. vom 8. XI. 05 Bd. 62 S. 29 ff.

[4]) Entscheidung vom 1. V. 08 Bd. 68 309. — Neuredaktion des Börsengesetzes 27. V. 08.

gesagt werden, dass er mit diesem Anspruche den durch seine Beteiligung entstandenen Schaden auf die Gesellschaft abwälzt. Dieses Resultat lässt sich nicht dadurch abwenden, dass man dem Emissionshaus den Regress versagt. Denn das Emissionshaus ist nicht Aktionär und kann an der Wahrung seiner Interessen nicht durch gesellschaftliche Pflichten gebunden sein. Es bleibt daher bei Aufrechterhaltung der reichsgerichtlichen Norm nichts anderes übrig, als dem Aktionär auch den Anspruch gegen das Emissionshaus zu versagen. Damit würde die Anwendung des § 45 auf die Prospektierung von Aktien vollständig ausscheiden, was sicher nicht der Tendenz des Gesetzes entspricht." Richtig ist allerdings, dass das Emissionshaus, wenn es nach § 45 in Anspruch genommen wird, gegen die Aktiengesellschaft Regressansprüche haben kann, die den Ansprüchen der gewöhnlichen Gesellschaftsgläubiger völlig gleichstehen. Es ist dies dann der Fall, wenn das den Prospekt unterzeichnende Emissionshaus nicht selbst die Aktien gezeichnet, sondern als Kommissionärin der Aktiengesellschaft deren Aktien in den Verkehr gebracht hat. Im ersteren Fall würde auch ein mit Vertragswillen abgegebenes Versprechen der Aktiengesellschaft das Emissionshaus mit seinen Ansprüchen nicht den gewöhnlichen Gesellschaftsgläubigern gleichstellen können. Im letzteren Fall wird allerdings bewirkt, dass im Endeffekt die Aktiengesellschaft den Schaden aus der betrügerischen Aktienausgabe trägt. Es würde zu weit gehen, wenn man den Satz aufstellen wollte, dass der Aktiengesellschaft unter keinen Umständen aus der Ausgabe ihrer Aktien ein Schaden erwachsen darf. Das aktienrechtliche Prinzip, wie es hier[1]) vertreten wird, geht lediglich dahin, dass der Aktionär gegen die Aktiengesellschaft keine Ansprüche haben kann, die ihrer Wirkung nach seine Beteiligung an der Gesellschaft rückgängig machen.[2]) Hiemit steht der Regressanspruch des Emissionshauses gegen die Aktiengesellschaft nicht in Widerspruch. Ein solcher Regressanspruch ist für die Existenz der Aktiengesellschaft auch weit weniger gefährlich, als wenn der Aktionär gegen die am betrügerischen Prospekt im Sinne des § 45 des

[1]) In den beiden zitierten reichsgerichtlichen Entscheidungen heisst es allerdings weitergehender: Der Aktionär sei niemals berechtigt, den durch seine Beteiligung entstandenen Schaden auf die Gesellschaft abzuwälzen.

[2]) Vgl. R.G. in D.J.Z. 10,883.

Aktiengesellschaft direkt vorgehen könnte. Denn es besteht hier die Einschränkung, dass auch das Emissionshaus vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt haben muss. Ist dies aber der Fall, so braucht die Aktiengesellschaft die Regressansprüche nicht sehr zu fürchten.

Es besteht deshalb nach dem Dargelegten kein genügender Grund aus § 45 des Börsengesetzes eine generelle oder auch nur, soweit der Tatbestand des § 45 reicht, spezielle Durchbrechung des aktienrechtlichen Grundsatzes herzuleiten.

Die Schadensersatzansprüche des Aktienerwerbers von Dritten unterliegen also denselben Beschränkungen, wie die des Aktienzeichners.

---

§ 24. Schadensersatzansprüche des Erwerbers eigener Aktien der Aktiengesellschaft.

Streitig[1]) ist endlich die Frage, ob derjenige, der betrügerischer Weise durch die Aktiengesellschaft bestimmt wurde, eigene Aktien derselben zu kaufen von ihr Schadensersatz verlangen kann.[2]) Verneint wurde die Frage in der schon wiederholt zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden, sowie in der Entscheidung des Reichsgerichts E.R. 62,30.[3])

Sehr entschieden hat sich auch Sievers in verneinendem Sinne ausgesprochen. Einmal in dem schon zitierten Aufsatz in D.J.Z. 03,88, dann auch in einem weiteren Aufsatz im „Recht“ 1906,977.[4])

Wie schon erwähnt hat dann das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 1. V. 08 E.R. 68,309 wieder die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Nur der zufällige Umstand, dass in dem, dem Reichsgericht zur Entscheidung unterbreiteten Fall, es sich um den völlig gleich zu behandelnden Kauf einer Stammeinlage handelte und daher das Gesetz betreffend die Gesellschaften m. b. H. zur Anwendung kam und nicht wie bei der Entscheidung 62,29 das Handelsgesetzbuch, ersparte eine Plenarentscheidung.

---

[1]) Vgl. hiezu Wieland Z. f. H. Band 67 S. 1 ff.

[2]) Derselbe kann in der Wiederaufhebung des Kaufs also vor allem in der Rückleistung des Kaufpreises bestehen.

[3]) Ebenso auch Staub bei Holdheim Bd. 10 135 ff. und E.R. 54,128.

[4]) Vgl. weiter Hagens im L.Z. 07 S. 240 ff.

Abgesehen von den Gründen, die das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 28. IV. 09 in J.W. 09, 433 wiederholt hat und die hier schon erörtert sind, führt das Reichsgericht in der Entscheidung 68, 309 noch aus: „Durch die Rückzahlung des Kaufpreises für die Stammeinlage wird das Stammkapital grundsätzlich nicht berührt. Denn nach §§ 33[1]) des Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H. darf die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage vollständig eingezahlt ist, nicht erwerben, sofern nicht der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann.

Für die Lage der Gesellschaft in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung ist es mithin von keiner wesentlichen, die Existenz der Gesellschaft berührenden Bedeutung, ob sich ein volleingezahlter Geschäftsanteil des A oder des B oder im eigenen Besitz der Gesellschaft befindet, da sein Erwerb nur unter Wahrung des vollen Stammkapitals zulässig ist. Dass der Kauf eines Geschäftsanteils nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung unterliegt, kann nicht zweifelhaft sein. Der Umstand aber, dass er den Geschäftsanteil von der Gesellschaft kauft, kann bezüglich der Anfechtbarkeit des Kaufs keinen wesentlichen Unterschied begründen. Die Anfechtung bewirkt, dass das Geschäft von Anfang an als nichtig anzusehen ist (§ 142 B.G.B.) und sie begründet einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne des § 812 B.G.B. Grundsätzlich hat der Käufer den Gesellschaftsanteil zurückzugewähren, und damit kommt die Gesellschaft rechtlich und wirtschaftlich in dieselbe Lage, in der sie sich zur Zeit des Kaufsabschlusses befand. Wenn mittlerweile Unterbilanz eingetreten sein sollte, so ist dies die Folge schlechter Geschäftsführung und unglücklicher Zufälle und diese Folgen haben die Gesellschaftsgläubiger, zu denen im Falle wirksamer Anfechtung auch der Käufer gehört, gemeinsam zu tragen. Gegen die Folgen schlechter Geschäftsführung und zufälliger Umstände und diehiedurch eintretende Verminderung des Gesellschaftsvermögens gewährt das Gesetz keinen Schutz.

Der Gesellschafter, der den Geschäftsanteil von der Gesellschaft gekauft hat, steht zu dieser in doppeltem Rechtsverhältnis:

1) als Gegenkontrahent
2) als Gesellschafter.

[1]) Vgl. § 226 H.G.B.

Ficht er den Kauf und damit mittelbar seine hierauf beruhende Gesellschaftsbeteiligung an, so besteht diese eben nicht zu Recht. Und wenn er die Rechte aus dem wirksam angefochtenen Geschäfte geltend macht, so wandelt er nicht seine Gesellschaftsbeteiligung in Gläubigerrechte um, sondern er macht die ihm als Gläubiger an dem nichtigen Geschäfte zustehenden Rechte geltend und die Hinfälligkeit seiner Gesellschaftsbeteiligung ist nur die rechtliche Folge seiner auf der Anfechtung des Kaufs beruhenden Gläubigerrechte".[1]) Das Reichsgericht operiert auch hier mit dem Verhältnis in welchem der Aktienkäufer zu der Gesellschaft stehe. Dass dies nicht stichhaltig ist, wurde schon oben ausgeführt. Damit entfällt aber auch die Beweiskraft der weiteren Ausführungen, dass bei Anfechtung des Kaufs, die Hinfälligkeit der gesellschaftlichen Beteiligung nur die rechtliche Folge der auf der Anfechtung des Kaufs beruhenden Gläubigerrechte sei. Dies ist gerade zu beweisen, dass der Kauf von Aktien von der Aktiengesellschaft anfechtbar ist, obwohl gleichzeitig hiedurch der Beitritt zur Gesellschaft angefochten wird. Ein Beweis hiefür ist noch nicht geführt, wenn feststeht, dass der Kauf eines Geschäftsanteils von einem beliebigen Dritten anfechtbar ist. Insoweit sind also die Gründe des Reichsgerichts nicht durchschlagend. Es wurde weiter geltend gemacht der zurückgeforderte Kaufpreis der Aktien sei rechtlich und wirtschaftlich etwas anderes als die „Einlage", für welche das Rückleistungsverbot bestehe. Hiegegen hat Sievers den Nachweis der Identität von „Einlage" im Sinne des § 213 mit dem Kaufpreis des Aktienerwerbers zu erbringen versucht.[2]) Er führt hiezu aus: „Es gibt Einlagen, die mit dem Grundkapital nichts zu tun haben, so Vertragsstrafen und Zinsen § 218 Abs. 1, Agio bei Ueberpariemission § 179 Abs. 3, § 262 Nr. 2, § 281 Abs. 1 Nr. 2, Betrag der bei einer Versteigerung des Anteilsrechtes in den Fällen der §§ 220 Abs. 3 und § 290 Abs. 3 von dem Ersteher bezahlt wird. In § 213 ist aber nur von Einlagen schlechtweg die Rede, im Gegensatz von andern Bestimmungen (§ 186 Abs. 2 und analog § 279 Abs. 1) wo von Einlagen der Aktionäre gesprochen wird, die auf das Grund-

[1]) Aehnlich Staub § 232 An. 43 S. 789. — Ritter § 182 An, 26 S. 229. — Makower § 182 II d S. 464.

[2]) Vgl. „Recht" 1906 S, 977 ebenso auch Hagens L. Z. 07, 245. — Dagegen Hachenburg im Recht 07 S. 226,

kapital gemacht werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob man mit Sievers soweit gehen solll, den an den betrogenen Aktienkäufer zurückbezahlten Kaufpreis rechtlich als Einlage im Sinne des § 213 aufzufassen. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist dieser Nachweis auch nicht erforderlich, da § 213 nur ein Anwendungsfall des aktienrechtlichen Grundsatzes ist, wonach die Beteiligung an der Aktiengesellschaft im Gläubigerinteresse grundsätzlich materiell nicht mehr rückgängig gemacht werden darf.[1]) Wenn nun aber auch das aktienrechtliche Prinzip sich nicht oder jedenfalls nicht mit Sicherheit ausschliesslich auf § 213 stützen lässt, so unterliegt es doch keinem Bedenken die Wiederaufhebung der Beteiligung nur insoweit zu verbieten, als nicht mehr als eine „Einlage" im Sinne des § 213 zurückgefordert würde. In diesem Sinne ist für ein Rückleistungsverbot der Nachweis zu führen, dass mit dem Kaufpreis wirtschaftlich die Einlage zurückgefordert werde. Es ergibt sich dies daraus, dass § 213 zum mindesten der deutlichste Anwendungsfall des Prinzips ist und es ohne triftige Gründe nicht angeht, die dort gezogene Grenze zu erweitern. Wäre also der Kaufpreis nicht mindestens dem Umfange nach identisch mit Einlage im Sinne des § 213, sondern im konkreten Fall etwa höher, so wäre die naheliegende Konsequenz, dass dann der betrogene Käufer wenigstens die Differenz zwischen der den Gläubigern verhafteten Einlage und seinem Kaufpreis zurückverlangen dürfte. Für den Nachweis der wirtschaftlichen Identität zwischen Einlage im Sinne des § 213 und Kaufpreis sprechen die Ausführungen Sievers. Diese Annahme rechtfertigt sich aber auch noch aus anderen Gründen. Sieht man zunächst von den aktienrechtlichen Besonderheiten ab, so versteht man nach dem Sprachgebrauch unter Einlage eines Gesellschafters in eine Gesellschaft nicht nur den ursprünglichen Wert, den die gesellschaftliche Beteiligung hatte, sondern mindestens auch den gegenwärtigen. Die Einlage eines Aktionärs stellt seinen Anteil an der Gesellschaft dar, dieser ist je nach dem Gedeihen der Gesellschaft von wechselndem Wert. Hätte § 213 die Rückzahlung dieses Anteils nur in seinem ursprünglichen Werte oder gar in seinem Nominalwerte verbieten wollen, so wäre mit dem Wort „Einlage" jedenfalls ein sehr unzweckmässiger Ausdruck gewählt worden. Es spricht sogar der Wortlaut des § 213 unmittelbar

[1]) Vgl. auch E. R. 72, 295 Schlusssatz.

gegen die einschränkende Auslegung, denn § 213 gestattet nur die Verteilung des Reingewinns, nach der gegenteiligen Auffassung dürfte die Aktiengesellschaft auch die Differenz zwischen dem ursprünglichen Wert der Einlage und dem gegenwärtigen Werte derselben verteilen. Dieser ist nicht identisch mit dem Reingewinn.[1])

Es muss deshalb festgestellt werden, dass § 213 die Rückzahlung der Einlage in ihrem Gegenwartswert verbietet, dieser ist aber wirtschaftlich zusammenfallend mit dem Kaufpreis.[2])

Der Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft macht noch eine weitere Feststellung erforderlich. Die Aktiengesellschaft kann nicht von vornherein im Besitze ihrer Aktien sein, immer muss sie zuerst ein Dritter gezeichnet und seine Einlage geleistet oder mindestens versprochen haben. Erwirbt deshalb die Aktiengesellschaft eine solche Aktie und veräussert sie dieselbe wieder, so stellt der Kaufpreis die wiederholte Leistung einer Einlage dar. Auch diese Besonderheit wurde schon früher zur Begründung von Schadensersatzansprüchen eines solchen Aktienkäufers herangezogen, und behauptet, dass die Gesellschaftsgläubiger nur bezüglich der erstmaligen Leistung der Einlage und ihrer Rückleistung geschützt seien.[3])

Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich die Entscheidung nicht finden. Nach dem oben Dargelegten ist massgebend der Umfang der erkennbar geschützten Gläubigerinteressen. Die Ansprüche des getäuschten Aktienkäufers sind wirksam, soweit keine rechtlich geschützten Gläubigerinteressen entgegenstehen. Dies ist im wesent-

[1]) Vgl. Lehmann R. d. A. II S. 381.

[2]) Vgl. Ritter § 213 Anm. 2 S. 263. — Makower S. 452. — Bondi D. J. Z. 06 S. 1250 f. — Rehm Z. f. H. Bd. 55 S. 466. — Hagens L. Z. 07 245. — Unrichtig der Einwand Wielands Z. f. H. Bd. 67 S. 44 „Der Kurswert braucht nicht den jeweiligen Wert der Aktieneinlage darzustellen, da die Spekulation der Aktien häufig einen Kurswert verschafft, der ihrem inneren Wert nicht entspricht." Dies mag zwar richtig sein, aber es kommt auch gar nicht auf den objektiven, sondern auf den subjektiven Wert an.

Wer den Grund für die Beschränkung der Schadensersatzansprüche des Zeichners in der in der Zeichnung enthaltenen Kundgebung sieht, muss allerdings auch hier zu einer anderen Auffassung kommen, denn in der Kundgebung übernimmt der Zeichner lediglich die Haftung für die Einlage in ihrem ursprünglichen Werte.

[3]) Vgl. E. R. 7, 86. — R. G. in D. J. Z. 97, 385. — Bondi D. J. Z. 06, 1252.

lichen nur dann der Fall, wenn sämtliche Gläubiger befriedigt sind.[1]) Es ist aber naheliegend Ausschluss des Schutzes der Gläubigerinteressen auch hier anzunehmen. Auch hiemit begründet das Reichsgericht seine beiden oben zitierten Entscheidungen.[2])

Meistens wird die Gesellschaft in den Besitz ihrer eigenen Aktien dadurch gelangen, dass sie dieselben unentgeltlich erwirbt, sie kauft. Dieser Ankauf stellt dann stets eine Rückzahlung der ursprünglichen Einlage dar.[3]) Dieser Ankauf der Aktien ist für die Gesellschaftsgläubiger gefährlich, nicht aber ihr Wiederverkauf durch die Aktiengesellschaft der nur ausnahmsweise wieder rückgängig gemacht werden soll. Trotz dem in den §§ 213 u.s.w. ausgedrückten Prinzip lässt jedoch das Gesetz den bedenklicheren Ankauf eigener Aktien zu. Das Gesetz musste einen solchen Ankauf trotz seiner Gefahren für die Gläubiger zulassen, weil es nur so der Aktiengesellschaft möglich ist, ungerechtfertigten, vielleicht schwindelhaften Kursschwankungen ihrer Aktien entgegenzutreten. Ein solcher Ankauf liegt insoweit auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Weil die Grenze sehr schwer zu ziehen ist, wie weit der Ankauf eigener Aktien seitens der Aktiengesellschaft notwendig ist, verbietet das Gesetz einen zu weit gehenden Ankauf nur durch eine Ordnungsvorschrift. Die Aktiengesellschaft soll zwar eigene Aktien im regelmässigen Geschäftsbetrieb, sofern nicht eine Einkaufskommission ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen § 226 Abs. 1 H.G.B. Tut sie es aber trotzdem, so ist ein solcher Erwerb nicht nichtig. Nur insoweit ist die Aktiengesellschaft beim Erwerb eigener Aktien absolut beschränkt, als die Aktiengesellschaft eigene Aktien, deren Nennbetrag incl. evtl. Agio nicht voll einbezahlt ist, auch nicht in Ausführung einer Einkaufskommission in regelmässigem Geschäftsbetrieb erwerben kann § 226 Abs. 2. Ein Verstoss hiegegen macht den Erwerb nichtig.[4])

Hiedurch wird nach der Auffassung des Gesetzes den Gefahren

[1]) Vgl. oben S. 86 ff.

[2]) E. R, 68, 309, 71, 9 7.

[3]) Vgl. unten. — Wieland Z. f. H. Bd. 67, S. 1 ff. — a. A. Rehm Z. f. H. Bd. 55 S. 466. — Hachenburg im Recht 07 S. 227.

[4]) Staub § 226 Anm. 9 S. 766. — Lehmann-Ring § 226 Anm. 5 S. 455. — Makower § 226 II b. S. 484. — Wieland Z. f. H. Bd. 67 S. 2.

unzulässiger Rückzahlung der Einlagen mittels Ankaufs eigener Aktien genügend vorgebeugt.

Wenn auch im Ankauf eigener Aktien eine Rückzahlung der ursprünglichen Einlage liegt, so muss dies doch ganz gleichgiltig bleiben, denn § 213 ff. in Verbindung mit den übrigen Bestimmungen der gleichen Tendenz, verbieten die Rückzahlung von Einlagen nicht absolut, sondern nur dann, wenn sie nicht in einer der im Aktienrecht selbst vorgesehenen Formen geschieht. Eine solche erlaubte Form ist auch der Ankauf eigener Aktien. Kann aber die Aktiengesellschaft innerhalb der Schranken des § 226 Aktien ankaufen, so muss sie auch frei darüber verfügen können. Sie muss sie verschenken und auch verkaufen können und zwar mit denselben Garantieen, die ein beliebiger anderer Verkäufer seinem Käufer bieten kann. Wollte man dies verneinen, so wäre die Aktiengesellschaft verhindert, ihre Aktien, die sie durch den Drang der Umstände und auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, aufzukaufen genötigt war, wieder abzusetzen, denn jeder andere Verkäufer würde bevorzugt werden. Das wäre aber gerade eine Schädigung derjenigen Interessenten, die man durch den Ausschluss der Haftung der Aktiengesellschaft für ihre verkauften Aktien schützen wollte. Erkennt das Gesetz an, dass es im Ankauf der eigenen Aktien, obwohl jedenfalls wirtschaftlich eine Rückzahlung der Einlage vorliegt, keine verbotene Rückzahlung sieht, so bringt es damit zum Ausdruck, dass es rechtlich gleichgiltig ist, wer der Besitzer der Aktie ist, ob die Aktiengesellschaft selbst oder ein beliebiger Dritter.[1]) In tatsächlicher Hinsicht ist dies durchaus nicht immer gleichgiltig. Es kann unter Umständen den Gläubigern der Aktiengesellschaft sehr viel daran liegen, dass nicht die Aktiengesellschaft selbst, sondern ein beliebiger Dritter die Aktien besitzt, aber der rechtliche Schutz dieser Interessen ist durch die Abgrenzung, die in § 226 gegeben ist, ausgeschlossen. Da es aber rechtlich gleichgiltig ist ob die Aktiengesellschaft oder ein Dritter die Aktien besitzt, so können die Interessen der Gläubiger auch nicht verhindern, dass der betrogene Aktienkäufer den Kauf anficht und Schadensersatzansprüche wegen Betrugs geltend macht. Der Betrogene stellt dann lediglich den Zustand wieder her, in der sich die Aktiengesellschaft zur Zeit des Kaufsabschlusses befand, das ist ein Zustand, den die Gesellschafts-

[1]) Vgl. E. R. 68, 309.

gläubiger von vorn herein nicht verhindern konnten. Sie konnten dies auch nicht, soweit das Gesetz den Ankauf lediglich missbilligt, nicht aber nichtig macht. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Fall des missbilligten Aktienkaufs dem des erlaubten gleichzustellen.

Die Gesellschaftsgläubiger sind auch nicht schlechter gestellt, als wenn die Aktiengesellschaft die Aktien etwa verschenkt hätte. Dass sie dies kann, wird nirgends bezweifelt.

Erst recht muss aber der Fall gleichgestellt werden, in welchem der Aktienerwerb nicht nur geduldet war, sondern im unzweifelhaftesten Interesse der Gläubiger lag. Dies ist dann der Fall, wenn die Aktiengesellschaft die Aktien unentgeltlich erworben hat. Hier ist mit dem Verkaufspreis ein Plus in das Gesellschaftsvermögen gelangt gegenüber dem früheren Zustand, das den Gläubigern zwar auch sofort mit der Aufnahme in das bisherige Gesellschaftsvermögen verhaftet war, aber die Gläubigerinteressen rechtfertigen hier noch weniger, dass diese Haftung auf Kosten der Interessen der Betrogenen eine unanfechtbare ist.

Ganz ähnlich liegt es bezüglich eines Ueberschusses zwischen dem von dem Aktionär zurückgeforderten Kaufpreis und dem seinerzeitigen Ankaufspreis durch die Aktiengesellschaft. Es wäre diese Unterscheidung auch höchst unzweckmässig.

War endlich der Ankauf der Aktien durch die Aktiengesellschaft nichtig und hat sie trotzdem dieselben wieder veräussert, und dies kann sie rechtsgiltig nach den allgemeinen Grundsätzen, so ist, wie in allen vorausgehenden Fällen, der Verkaufspreis den Gesellschaftsgläubigern verhaftet. Der Unterschied von den oben erörterten Fällen liegt darin, dass hier die erstmalige Rückzahlung der Einlage gesetzwidrig war, es ist deshalb der Schluss recht naheliegend, dass die Haftung des Kaufpreises des betrogenen Aktienkäufers eine unanfechtbare sein müsse, weil dieser Kaufpreis lediglich die Wiedereinzahlung derselben Einlage darstelle, die zuvor in Form des Ankaufs der Aktie durch die Aktiengesellschaft gesetzwidrig ausbezahlt wurde.[1])

Diese Konsequenz ist jedoch zweifelhaft. Handelt es sich auch bei Ankauf der Aktie und Wiederaufhebung ihres Verkaufes um Rückgängigmachung ein und desselben Mitgliedschaftsrechtes, so braucht deshalb doch nicht die Wiederaufhebung dieses Mitglied-

[1]) So Wieland a. a. O. S. 33.

schaftsrechtes durch erstmalige Rückzahlung der Einlage in Form des Ankaufs der Aktie und die wiederholte Rückzahlung durch Wiederaufhebung ihres Verkaufs von einander abhängig zu sein. Nirgends findet sich im Gesetz ein Anhalt dafür, dass die wiedereingezahlte Einlage die gesetzwidrig ausbezahlte in allen ihren rechtlichen Eigenschaften ersetzt. Es wäre auch höchst ungerecht, wenn der gutgläubige Aktienkäufer dafür leiden und die Verantwortung tragen müsste, dass die Aktiengesellschaft die Aktie gesetzwidrig erworben hat. Massgebend für die Entscheidung sind die Gläubigerinteressen. Diese sind zweifellos verletzt, wenn die Aktiengesellschaft gesetzwidrig Aktien aufkauft. Deshalb erklärt ja das Gesetz den Erwerb für nichtig. Damit sind aber im wesentlichen die Gläubiger genügend geschützt, denn die Aktiengesellschaft kann ja den Kaufpreis wieder zurückfordern.[1]) Tut dies aber die Aktiengesellschaft nicht, sondern veräussert sie die Aktien weiter, so liegt es zwar zweifellos im Interesse der Gläubiger, dass die Aktien dem Erwerber verbleiben, aber der rechtliche Schutz dieser Interessen ist erschöpft durch die Bestimmung, wonach das Erwerbsgeschäft nichtig ist. Auch hier wird durch die Wiederaufhebung des Erwerbs lediglich ein Zustand wieder hergestellt, den die Gläubigerinteressen von vorn herein nicht zu hindern vermochten.[2]) Wollte das Gesetz die Gläubiger in absoluter Weise gegen Rückzahlung der Einlage bei Ankauf nicht volleingezahlter Aktien schützen, so war der Weg nicht der, den hieran unschuldigen späteren Aktienkäufer in seinen Ansprüchen zu beschränken, sondern das Gesetz hätte bestimmen müssen, dass beim nichtigen Ankauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft die Aktien nicht von der Aktiengesellschaft und der Kaufpreis nicht vom Verkäufer erworben werde, dass also hier entgegen den allgemeinen Grundsätzen auch das Erfüllungsgeschäft stets nichtig sei. Eine solche Durchbrechung allgemeiner Grundsätze liesse sich auch de lege ferenda nicht rechtfertigen.

Damit ist der Nachweis geführt, dass in allen Fällen, in denen die Aktiengesellschaft in den Besitz ihrer eigenen Aktien gelangt ist und diese wieder veräussert, die Wiederveräusserung rückgängig

[1]) Unter Ausschluss der eventl. entgegenstehenden allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung vgl. Wieland a. a. O. S. 71.

[2]) Vgl. Schlussatz E. R. 68, 313.

gemacht werden darf, dass die Gläubiger nur bezüglich der erstmaligen Leistung und Rückleistung der Einlage geschützt sind.

Derjenige der eigene Aktien von der Aktiengesellschaft erwirbt, kann deshalb ohne Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger Schadensersatz und andere Ansprüche wegen Betrugs gegen die Gesellschaft geltend machen.

§ 25. 2. Die Bereicherungsansprüche gegenüber der betrügenden Aktiengesellschaft.

Nach allgemeinen Grundsätzen kommen auch Bereicherungsansprüche des getäuschten Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft in Frage. Auch hier ist zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

Macht der Aktionär auf Grund der durch Betrug erlangten Zeichnung seine Einlage, so liegt zweifellos eine Bereicherung der Gesellschaft vor. Wenn nun auch festgestellt wurde, dass die auf Grund der Zeichnung gemachte Einlage unanfechtbar ist, so ist doch der Beitritt zu der Gesellschaft als solcher (die Zeichnung in ihrer Beitrittsfunktion) anfechtbar.[1]) Erfolgt die Anfechtung, so ist, da dieselbe rückwirkende Kraft hat, (B.G.B. § 142) die Einlage ohne rechtlichen Grund geleistet worden. Nach allgemeinen Grundsätzen wären also Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben. Da indessen Ansprüche aus unerlaubter Handlung und Vertrag hier in Konkurrenz mit Gläubigeransprüchen ausgeschlossen sind, weil sie jedenfalls wirtschaftlich eine Rückzahlung der Einlagen bedeuten würden und deshalb dem Gegenstand nach mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar sind, so müssen auch die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung in demselben Umfang beschränkt werden. Es treffen für diese dieselben Erwägungen zu.

Hat die Aktiengesellschaft durch Betrug jemand bestimmt von einem Dritten Aktien zu kaufen, so wird die Aktiengesellschaft wohl nur dann hiedurch bereichert worden sein, wenn es sich um noch nicht voll einbezahlte Aktien handelt. Die Frage, ob und

[1]) Vgl. oben S. 66 ff.

wann hier Bereicherungsansprüche gegen die Aktiengesellschaft gegeben sind, hängt eng zusammen mit der Bedeutung, welche man der Anmeldung des Aktienerwerbes zum Aktienbuch zuschreibt. Sie sei daher bis zur Besprechung dieser Frage zurückgestellt.[1])

Da derjenige, der eigene Aktien von der Aktiengesellschaft gekauft hat, unbeschränkt wegen Betrugs anfechten und Schadensersatzansprüche erheben kann, so steht auch Bereicherungsansprüchen hier nichts im Wege.[2])

§ 26. 3. Die weiteren obligatorischen Ansprüche des betrogenen Aktienerwerbers. (Haftung aus der Gründung.)

So mannigfach die Gelegenheiten sind, bei Gründung einer Aktiengesellschaft und Werbung ihrer Mitglieder betrügerische Handlungen vorzunehmen, so gross ist auch die Zahl von Ansprüchen, die aus solchen Betrügereien erwachsen können. Ausser gegen die Aktiengesellschaft kommen Ansprüche in Betracht gegen die Gründer, Gründergenossen, Emissionshäuser, überhaupt die Verkäufer der Aktien, die Organe der Gesellschaft. Haftungsgründe sind möglicherweise: Vertrag, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung, die besonderen aktienrechtlichen Haftungsgründe der §§ 202 ff. H.G.B.

Diese letzteren Bestimmungen kommen dem Aktionär nur mittelbar zu gute. Denn es handelt sich hier in allen Fällen immer nur um Ansprüche der Gesellschaft, nicht um solche der Aktionäre. Da aber die Aktionäre wirtschaftlich Träger des Gesellschaftsvermögens sind, erwachsen ihnen die Vorteile aus diesen Ansprüchen. Die Aktionäre können deshalb die Geltendmachung solcher Ansprüche erzwingen, allerdings nur mit den Beschränkungen der §§ 268 ff.

Es handelt sich hier um folgende Tatbestände, die sämtlich zugleich den Tatbestand des Betrugs mitumfassen können:[3])

[1]) Vgl. § 29.

[2]) Vgl. auch Sievers D. J. D. 03, 88.

[3]) Auf eine eingehende Darstellung dieser sog. Haftung aus der Gründung kann hier nicht eingegangen werden. — Vgl. Lehmann R. A. I S. 445 ff.

Es sind hienach die Gründer verantwortlich, dass die zwecks Eintragung gemachten Angaben über die Aufbringung des Grundkapitals richtig und vollständig sind. Sie haften insbesondere dafür dass durch die Gründer keine bösliche Schädigung durch Sacheinlagen oder Uebernahmen erfolgt. Weiter haften sie dafür, dass keine zahlungsunfähigen Aktionäre angenommen werden.[1])

Wie die Gründer und mit diesen als Gesamtschuldner haften die sog. Gründergenossen. Es sind dies die Empfänger heimlicher Vergütungen, wenn sie wussten oder wissen mussten, dass die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war. Es gehören hierher auch diejenigen, welche bei dieser Verheimlichung oder bei böslicher Schädigung durch Sacheinlagen oder Uebernahmen wissentlich mitwirkten. § 202 Abs. 4.

Neben Gründern und Gründergenossen haften die sog. Emissionshäuser als Gesamtschuldner. Ihre Haftung ist begründet, wenn sie wussten oder wissen mussten, dass die Angaben der Gründer über die Aufbringung des Grundkapitals unrichtig oder unvollständig waren, oder dass eine bösliche Schädigung durch Sacheinlagen oder Uebernahme stattfand. Es tritt jedoch eine Haftung nur ein, wenn die Ankündigung vor der Eintragung des Vereins oder in den nächstfolgenden 2 Jahren geschah. § 203 H.G.B.

Schliesslich haften noch die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, die ihrer Pflicht zur Prüfung der Gründung nicht gewissenhaft nachkamen. Sie haften als Gesamtschuldner, jedoch subsidiär hinter Gründern, Gründergenossen und Emissionshäusern. § 204.

Das Verhältnis dieser besonderen aktienrechtlichen Haftung zu den allgemeinen Grundsätzen ist umstritten.

Was die Haftung der Gründer gegenüber der Gesellschaft anbetrifft, so bleiben durch § 202 völlig unberührt besondere vertragliche Ansprüche gegen Gründer und Gründergenossen. Es können diese Personen insbesondere gleichzeitig etwa Sacheinleger sein oder mit der Gesellschaft Uebernahmeverträge geschlossen haben; dann haften sie aus diesen Rechtsgeschäften. Dagegen werden durch § 202 alle Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung ausgeschlossen, die nicht auf einem besonderen Vertrag beruhen. Die herrschende Lehre verneint deshalb solche An-

[1]) Vgl. § 202 Abs. 1—4 H.G.B.

sprüche der Gesellschaft selbst dann, wenn die Gründer bei der Gründung betrügerische Handlungen anderen Inhalts begangen haben, als in § 202 vorgesehen, z. B. den Prüfungsorganen falsche Auskunft erteilten.[1]) Durch § 202 wird aber nicht nur die Haftung der Gründer gegenüber der Aktiengesellschaft erschöpft, sondern es findet aus den dort aufgezählten Tatbeständen weder gegenüber den einzelnen Aktionären, noch den Gesellschaftsgläubigern, noch irgend einer andern Person eine Haftung auf Schadensersatz statt, denn eine doppelte Verantwortung der Gründer kann nicht als Absicht des Gesetzgebers angenommen werden.[2]) Dagegen sind Ansprüche dieser Personen, die sich auf betrügerische Handlungen anderer Art als die in § 202 erwähnten beziehen, nicht ausgeschlossen.[3]) Solche werden z. B. bestehen, wenn ein Gründer dem Aktionär falsche Vorspiegelungen über die Rentabilität der Gesellschaft gemacht hat. Da auch durch § 202 die Ansprüche aus besonderen Verträgen dieser Personen mit den Gründern unberührt bleiben, so erlangen die Verträge die bei Sacheinlagen zwischen Einleger und Gründer häufig sind, besonders grosse praktische Bedeutung. Die Gründer haften nach aussen als Gesamtschuldner. Für die Haftung nach innen bestimmt das Aktienrecht nichts. Sie haften deshalb mangels besonderer Vorschriften nach § 426 B.G.B. zu gleichen Teilen. Dies kann, wie Pinner[4]) hervorhebt, recht unbillig sein, wenn ein Gründer dolos gehandelt hat, die anderen aber den Nachweis, dass sie diesen Dolus weder gekannt haben noch kennen mussten, nicht führen konnten. In der Regel wird jedoch § 426 B.G.B. nicht zur Anwendung kommen, da die Gründer der Gesellschaft in einem besonderen Vertragsverhältnis und zwar in einem Gesellschaftsverhältnis zu einander stehen werden.[5]) Begeht einer der Gründer

---

[1]) Vgl. Staub § 202 Anm. 4 S. 692. — Lehmann-Ring § 202 Anm. 1 S. 416. — Makower § 202 1a S. 523. — Pinner § 202 I 4 S. 72.

[2]) So die weitaus herrschende Lehre. — Vgl. Lehmann-Ring § 202 Anm. 1 S. 416. — Pinner § 202 I, 1 S. 72. — Makower § 202 I S. 523. — Ritter § 202 Anm. 1 S. 252. — Behrend § 110 Anm. 3 S. 759. — a. A. Staub § 202 Anm. 2 S. 691. — Lehmann R. A. I S. 691.

[3]) Vgl. die vorstehend Zitierten.

[4]) Vgl. § 202 II. 5 S. 72. — Vgl. auch Ritter § 202 An. 1 S. 253. — Staub § 202 An, 10 S. 694.

[5]) Nach Lehmann, Lehrb. § 76, 1 S. 390 sind die Gründer stets in einer Gründergesellschaft vereinigt.

solche bösliche Handlungen, die auch die übrigen Gründer nach § 202 verantwortlich machen, so verletzt er den unschuldigen Gründern gegenüber seine Vertragsverpflichtungen und wird ihnen hieraus verhaftet. Ist die Gesellschaft nicht als Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt, oder ist sie nichtig, dann kann von einer Anwendung des § 202 keine Rede sein und die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die §§ 823 ff. B.G.B. haben unbeschränkte Geltung. Zu erwähnen ist hier noch die Haftung nach § 200 Abs. 1 Satz 2 H.G.B. Für die nach allgemeinen Grundsätzen begründete Haftung der Gründergenossen gilt nichts besonderes.

Ebenso wie § 202 die Haftung der Gründer, so bestimmt § 203 die Haftung der Emittenten gegenüber der Aktiengesellschaft erschöpfend.[1]) Aus dem in § 203 geregelten Tatbestand haftet der Emittent auch nicht gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger oder Aktionär. Hievon gilt aber insofern eine Ausnahme, als aus demselben Tatbestand die Haftung des Emittenten aus § 45 des Börsengesetzes stattfinden kann. In diesem Falle haftet er doppelt.[2]) Er kann jedoch dem Aktionär gegenüber einwenden, dass er durch ihn keinen Schaden erlitten habe, da die Gesellschaft schon befriedigt worden sei. Durch die §§ 203 H.G.B. und § 45 des Börsengesetzes wird seine ausservertragliche Haftung erschöpfend geregelt. Sowohl durch § 203 H.G.B. wie durch § 45 des Börsengesetzes bleiben vertragliche Ansprüche gegen den Emittenten unberührt. Diese sind besonders wichtig, weil heute die Aktien in der Regel nicht dadurch in den Verkehr gelangen, dass das Publikum sich an der Zeichnung beteiligt, vielmehr dieses die Aktien vom Emittenten kauft. Sie haften unter sich und mit den Gründern und Gründergenossen als Gesamtschuldner. Auch hier gilt mangels einer besonderen Vorschrift § 426 B.G.B. für die interne Ausgleichungspflicht. Indessen wird es hier fast nie an einer besonderen Vorschrift fehlen. Ist der Emittent juristisch nicht Gründer der Gesellschaft, so hat er meist die Aktien von den Gründern übernommen oder er begibt sie als Kommissionär derselben und hat dann, wenn er aus § 203 in Anspruch genommen wird, vertragliche Ansprüche gegen die Gründer. Bei Erhöhung des Grundkapitals kann der Emittent möglicherweise im Auftrag der Aktien-

[1]) Staub § 203 Anm. 16 S. 699. — Lehmann-Ring § 203 Anm. 7 S. 420. — Pinner § 203 III S. 77. — Makower § 202 S. 523.

[2]) Vgl. Staub § 203 Anm. 14 und 15 S. 699.

gesellschaft den Prospekt erlassen und die Zeichnungen vermittelt haben. Dann steht einem Regressanspruch gegen die Aktiengesellschaft nichts im Wege. Dagegen haftet die emittierende Aktiengesellschaft dem Zeichner nicht.[1]) Sind es mehrere Emittenten, so bilden diese meist ein sog. Begebungskonsortium. Sie stehen dann in der Regel weder unter sich in einem Vertragsverhältnis, noch jeder von ihnen in einem solchen zu den Gründern bezw. der Aktiengesellschaft. Es besteht vielmehr lediglich ein Vertrag zwischen einem der Emittenten, dem Konsortialleiter, und den Gründern, bezw. der Aktiengesellschaft. Nur er hat deshalb gegen diese Regressansprüche. Die übrigen Emittenten stehen dann wiederum je in einem selbständigen Gesellschaftsverhältnis zum Konsortialleiter und können von diesem Regress nehmen.[2])

Das Verhältnis des § 204 zu den allgemeinen Vorschriften ist besonders bestritten. Man wird dem Gedanken des § 204 am besten gerecht werden, wenn man ihn mit Makower § 204 III S. 531 so auslegt, dass § 204 nur eine Ausnahme enthält zu Gunsten der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, wonach in gewissen, in § 204 hervorgehobenen Fällen der Sorgfaltsverletzung ihre Haftung nur eine subsidiäre ist. Es kann also ausserdem aus dieser Sorgfaltsverletzung weder eine vertragliche noch eine ausservertragliche Haftung der Organe gegenüber der Aktiengesellschaft stattfinden. Dritten, insbesondere Aktionären gegenüber kann aus der Verletzung der in § 204 hervorgehobenen Pflichten ebenfalls keine Haftung begründet werden.[3]) Unberührt bleiben aber durch § 204 Ansprüche der Aktiengesellschaft aus anderen Pflichtverletzungen der Organe bei der Gründung.[4]) Ebenso können Aktionäre wie Dritte unbehindert durch § 204 solche Ansprüche gegen die Organe der Aktiengesellschaft erheben, die aus Pflichtverletzungen anderer Art, als in § 204 vorgesehen, nach allgemeinen Grundsätzen hervorgehen. Da der durch Betrug der Aktiengesellschaft zur Zeichnung be-

---

[1]) Vgl. oben S. 96 ff.

[2]) Vgl. Staub Exc. zu § 342 An. 1 S. 1124.

[3]) Ebenso Lehmann-Ring § 204 Anm. 1 S. 421. — Makower § 204 III S. 531. — Lehmann R. A. I 486. — a A. Pinner § 204 II S. 78. — R. G. in Z. f. H. XLVII 105.

[4]) So Makower § 204 III S. 531. — Lehman-Ring § 204 An. 1 S. 421. — Staub § 204 An. 2 S. 700. — a. A. Pinner § 204 II, 1 S. 78. — Lehmann R. A. I 486.

stimmte Aktionär gegen die Aktiengesellschaft in seinen Schadensersatzansprüchen beschränkt ist, so sind diese Ansprüche aus unerlaubter Handlung, die er in diesem Fall gegen die ihn betrügenden Organe der Aktiengesellschaft hat, für ihn von besonderem Wert.

§ 27. Ansprüche bei betrügerischer qualifizierter Gründung.

Von den Fällen der qualifizierten Gründung interessieren hier besonders diejenigen, bei denen Sacheinlagen und Uebernahmen erfolgen. § 186 Abs. 2 H.G.B.

Die herrschende Lehre ist heute darüber einig, dass sich der Sacheinleger von dem gewöhnlichen Zeichner nur dadurch unterscheidet, dass seine Einlage anstatt in Geld in einem andern Gegenstand (nicht notwendig einer Sache) besteht. Der Sacheinleger steht daher zu der Gesellschaft genau in demselben Verhältnis wie der gewöhnliche Zeichner. Er wird in seiner Eigenschaft als Sacheinleger lediglich Mitglied der Gesellschaft, dagegen schliesst er nicht zugleich noch mit der Gesellschaft einen besonderen Vertrag. Während der gewöhnliche Zeichner Mitglied dadurch wird, dass er der Gesellschaft Geld hergibt oder verspricht, wird dies der Sacheinleger dadurch, dass er das gleiche mit einem andern Gegenstand tut.[1]) Weil der Sacheinleger nichts anderes ist als eine besondere Art von Zeichner, so gelten die für den gewöhnlichen Zeichner bestehenden Beschränkungen des Anfechtungsrechts und der obligatorischen Ansprüche auch für ihn. Bei Sacheinlagen kann sehr leicht auch die Gesellschaft der betrogene Teil sein. Da die Vereinbarung zwischen Gründer und Sacheinleger über die Einlage, wenn sie in den vorgesehenen Formen erfolgt ist, Rechte und Pflichten der entstandenen Aktiengesellschaft begründet.[2]) Es ist bestritten, ob dann auch die Gesellschaft die Vereinbarung anfechten kann. Würde man die Anfechtung zulassen, so wäre sowohl die Sacheinlage, wie die Aktienhingabe ohne Rechtsgrund erfolgt. Beide könnten kondiziert

[1]) Vgl. Staub § 186 Anm. 19 S. 652. — Lehmann-Ring § 186 Anm. 3 S. 390. — Makower § 186 II c S. 480. — Pinner § 186 III b S. 26. — Ritter § 186 Anm. 2 S. 234. — R. G. ver. Zivilsen. — E. R. 2, 303. — E. R. 21. 246, 24. 22.

[2]) Lehmann-Ring § 186 Anm. 4 S. 391. — Cosack § 115 V b S. 613. — Behrend § 114 S. 777.

werden. Die Folge wäre, dass ein Teil des Gesellschaftsvermögens zurückgeleistet werden würde und zwar in einer vom Aktienrecht nicht vorgesehenen Form. Dies verbieten, wie oben[1]) ausgeführt, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Es ist deshalb der Ansicht des Reichsgerichts beizutreten,[2]) wonach auch die Gesellschaft grundsätzlich kein Anfechtungsrecht hat. Es ist dabei gleichgiltig, ob im konkreten Fall die Gesellschaft aus der Anfechtung Vorteil gehabt hätte, denn wie das Reichsgericht in der zuletzt zitierten Entscheidung mit Recht hervorhebt, ist der Rechtsstreit zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht der geeignete Ort, zu einer für die Gläubiger massgebenden Beurteilung des Wertes der Sacheinlagen, auch lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten, dass die Schutzbestimmungen nur dann Geltung haben sollten, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit der Verletzung der Gläubigerinteressen gegeben ist. Wenn Cosack § 115 V. 2. c. S. 613[3]) gegen das Reichsgericht anführt, dass der Verein sich ja auch jederzeit auflösen könne, so lässt er unberücksichtigt, dass dies nur unter Wahrung der Gläubigerinteressen möglich ist. Für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Betrugs seitens der Gesellschaft gegenüber dem Sacheinleger bestehen die vom Reichsgericht gegen ein Anfechtungsrecht ausgeführten Bedenken nicht.[4]) Der Schadensersatz kann darin bestehen, dass der Sacheinleger den Geldbetrag für die ihm zugeteilten Aktien zahlt, soweit für dieselben die geleistete Sacheinlage kein entsprechender Gegenwert ist.[5]) Massgebend ist dann der Wert der Aktien zur Zeit der Zuteilung. Er kann auch darin liegen, dass der Betrüger zur Einwilligung zu der Amortisation seiner Aktien gezwungen wird. (Zwangsamortisation vgl. Staub-Hachenburg § 34 Anm. 18 S. 335.) Die Durchführung derselben kann dann aber nur unter Wahrung der geschützten Gläubigerinteressen erfolgen H.G.B § 227 Abs. 2.

Der Uebernahmevertrag ist im Gegensatz zur Sacheinlage kein gesellschaftlicher Akt, sondern ein echter gegenseitiger Vertrag.

[1]) Seite 80 ff.

[2]) E. R. 26, 40, 68, 271.

[3]) Und ebenso Pinner § 187 II 2 c S. 32 — und im Ergebnis Staub § 186 Anm. 20 S. 653.

[4]) Vgl. E. R. 68, 271 ff.

[5]) Vgl. Staub § 186 Anm. 20 S. 653. — R. G. in J. W. 02, 259. — E. R. 68, 271 ff.

(Kauf u.s.w.) Er ist an sich ein ausserhalb des Aktienrechts stehender Vertrag, für den das Aktienrecht nur wegen seiner besonderen Gefährlichkeit für die Existenz der Gesellschaft eine solenne Kundgebung sowie Prüfung des Vereinbarten vorschreibt.[1]) Es richtet sich also die Giltigkeit dieses Vertrags nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften. Hienach steht es beiden Teilen unbeschränkt frei Rechte wegen Betrugs geltend zu machen, seien es Anfechtungsrechte oder obligatorische Ansprüche. Der Fall liegt hier anders wie bei der Sacheinlage. Die Aufhebung des Uebernahmevertrags führt zu keiner Rückzahlung einer Einlage, weder rechtlich, noch wirtschaftlich. Es ist zwar richtig, dass durch die Aufhebung dieses Vertrags der Gesellschaft rückwärts ihre wesentliche Grundlage entzogen werden kann[2]) aber in dieser generellen Weise konnte und wollte das Gesetz Ansprüche nicht beschränken.

Ein weiterer Fall der qualifizierten Gründung liegt vor, wenn zu Gunsten eines Aktionärs ein besonderer Vorteil bedungen wird. § 186 Abs. 1.[3]) Ein solches Abkommen ist dann Bestandteil des Statuts.[4]) Es unterliegt also wie das Statut selbst unbeschränkt der Anfechtung. vgl. oben S. 66 ff. Ob hiedurch die gesellschaftliche Beteiligung aufgehoben wird, bestimmt sich nach § 139 B.G.B. Auch Schadensersatzansprüche sind beiderseits unbeschränkt zulässig, da sie mit der Einlageverpflichtung nichts zu tun haben.

Endlich liegt noch eine qualifizierte Gründung vor, bei Festsetzung eines sog. Gründungsaufwands. § 186 Abs. 3. Eine Gründungsentschädigung kann sowohl mit künftigen Aktionären, wie mit Dritten vereinbart werden. Ein sachlicher Unterschied besteht für diese zwei Fälle nicht, sie sind daher gleich zu behandeln.[5]) Es handelt sich in beiden Fällen um einen besonderen Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und einem Andern von derselben Art wie bei einem Uebernahmevertrag.[6]) Fällt also bei einer solchen Verein-

---

[1]) Lehmann R. A I 375 ff. — Staub § 186 Anm. 19 S. 653. — Lehmann-Ring § 186 Anm. 4 S. 391. — Makower § 186 III b S. 482. — Pinner IV c S. 28. — Ritter § 186 Anm. 2 S. 235.

[2]) So E. R. 26, 40.

[3]) Was hierunter zu verstehen ist vgl. Staub § 186 Anm. 1 S. 648.

[4]) Behrend § 115 Anm. 7 S. 779. — Lehmann R. A. I S. 379.

[5]) a. A. Lehmann R A. I 379.

[6]) Vgl. Behrend § 115 Anm. 7 S. 779.

barung einem der beiden Kontrahenten ein Betrug zur Last, so gilt für die Rechte des Betrogenen das beim Uebernahmevertrag Ausgeführte.

Die weiteren Sicherungsvorschriften bei qualifizierten Gründungen, § 191, § 192 Abs. 2, § 195 Abs. 2 Nr. 2, § 196 Abs. 4, § 195 Abs. 5, § 187, § 207, § 313, 1 H.G.B. sind zum Teil schon erörtert,[1]) zum Teil interessieren sie für die vorliegende Arbeit nicht. Hervorgehoben mag nur noch werden, dass der Sacheinleger als Gründer gilt (§ 187) und daher auch wie ein solcher haftet.

§ 28. Ansprüche bei betrügerischer Erhöhung des Grundkapitals.

Soweit bei Neugründung der Aktiengesellschaft die Zeichnungserklärung unanfechtbar ist, liegt dies nicht daran, dass sich ein Verschulden der Aktiengesellschaft nicht feststellen liesse, sondern in der Tatsache, dass die Aktienzeichnung eine für den Rechtsverkehr bestimmte Kundgebung enthält. Derselbe Grund liegt auch bei der Zeichnungserklärung vor, die zum Zwecke der Erhöhung des Grundkapitals abgegeben wird. Deshalb ist auch diese unanfechtbar.[2])

Ebenso sind aus denselben Erwägungen und in demselben Umfang wie bei Neugründung der Gesellschaft Schadensersatzansprüche beschränkt.[3])

Auch hier kann die in der Zeichnung enthaltene Kundgebung angefochten werden, wenn sie selbst durch Betrug hervorgerufen wurde. Es fragt sich dann, ob nicht der Wegfall von Zeichnern die Erhöhung des Grundkapitals nichtig macht. Die analoge Frage wurde bei Neugründung verneint.[4]) Bei der Zeichnungsgründung

[1]) Vgl. oben S. 72 ff.

[2]) Vgl. oben S. 161 ff. — So die fast übereinstimmende Ansicht: Staub bei Holdheim 10, 134. — Staub § 189 Anm. 25 S. 662. — Lehmann-Ring § 281 Anm. 2 S. 560. — Dernburg § 83 Anm. 15 S. 263. — E. R. 2, 133, - 54, 129, - 68, 348. — R. G. in D. J. Z. 02, 435, in L. Z. 08, 535. - R. G. in J. W. 08, 464, 35. — Wieland Z. f. H. Bd. 64 S. 93. — Lehmann R. A. II 469, a. A. früher im Recht 01, 460. Lehmann musste zu der sehr unbefriedigenden Ansicht kommen, im Falle der Zeichnung bei Gründung der Gesellschaft dem bloss Irrenden nach § 119 B.G.B. das Anfechtungsrecht zu gewähren, dagegen nicht dem betrogenen Zeichner vgl. oben S. 10.

[3]) Vgl. oben S. 83.

[4]) Vgl. oben S. 73 ff.

war die Bedeutung der errichtenden Generalversammlung für die Verneinung der Frage bestimmend. Die Kapitalserhöhung kann aber nur in einer Form erfolgen, der bei totaler Neugründung die Zeichnungsgründung entspricht. Eine errichtende Generalversammlung fehlt bei der Erhöhung des Grundkapitals. Der § 281, der bei Erhöhung des Grundkapitals die Bestimmungen über den Zeichnungsschein enthält, ist eine Wiedergabe des § 189. Auch hier ist vorgesehen, dass der Zeichnungsschein den Tag angeben muss, an welchem der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals gefasst ist § 281 Ziff. 1 und den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist. Auch hier kann unter der Eintragung der erfolgten Erhöhung nur verstanden werden, die Erhöhung nach Massgabe des Inhalts des vorausgegangenen Erhöhungsbeschlusses. Es liegt also auch hier eine bedingte Kundgebung vor. Während aber bei der Zeichnung bei Neugründung die errichtende Generalversammlung den Eintritt der Bedingung ersetzt hat, hat hier die Bedingung ihre volle Wirkung beibehalten. Ficht deshalb ein Zeichner erfolgreich an und bleibt dadurch eine bleibende Lücke (vgl. insbesondere § 202) im vorgesehenen Erhöhungskapital, so sind auch die übrigen Zeichner befreit, die Erhöhung ist nichtig, selbst wenn sie als vollzogen in das Handelsregister eingetragen war.[1]) Durch Betätigung als Aktionär kann allerdings auch hier eine Heilung eintreten. Die Aktiengesellschaft die ihr Grundkapital erhöhen will, wird also gut tun, im Erhöhungsbeschluss selbst vorzusehen, dass die Erhöhung auch dann vollzogen werden darf, wenn der vorgesehene Betrag nicht voll gezeichnet wird. Eine solche Fassung des Erhöhungsbeschlusses ist zulässig. Es ist Tatfrage, ob ein Erhöhungsbeschluss so auszulegen ist.[2])

Die Erhöhung des Grundkapitals erfolgt ähnlich wie die Gründung selbst in mehreren Etappen.

1. Beschluss der Generalversammlung, dass die Erhöhung des Grundkapitals vorgenommen werden soll.
2. Zeichnung der Aktien.
3. Anmeldung und Eintragung der vollzogenen Erhöhung in das Handelsregister.

[1]) R. G. bei Holdheim 12, 212.

[2]) Staub § 278 An. 9 S. 950. — Lehmann-Ring § 278 An. 8 S. 556.

Es ist möglich, dass nicht nur die Zeichnungen durch Betrug veranlasst worden sind, sondern auch die einzelnen Abstimmungen im Beschluss sub 1) und die Anmeldungserklärungen zu Ziffer 3). Es kann hienach der Generalversammlungsbeschluss nichtig gewesen sein. Es entsteht dann die Frage, werden durch die Eintragung der vollzogenen Erhöhung Mängel im Vorstadium der Erhöhung geheilt. Geht man davon aus, dass die Erhöhung des Grundkapitals nichts ist, als eine partielle Neugründung der Gesellschaft, die sich von der totalen Neugründung nur dadurch unterscheidet, dass die Aktiengesellschaft mit ihren Organen an die Stelle der Gründer tritt[1]) und weiterhin, dass § 309 nur der Niederschlag einer allgemeinen Rechtsauffassung ist, die schon vor der Aufnahme des § 309 in das Gesetz, fest begründet war,[2]) so wird man annehmen müssen, dass durch die Eintragung der vollzogenen Erhöhung in das Handelsregister Mängel des Vorstadiums geheilt werden.

---

§ 29. Ansprüche bei betrügerischer Übertragung der Aktien.

Kauft jemand Aktien von einem beliebigen Privatmann, so kann er zweifellos das Erwerbsgeschäft nach § 123 B.G.B. anfechten, wenn er zum Erwerb durch Betrug seines Gegenkontrahenten bestimmt worden ist.[3]) Sicher ist auch, dass dem Aktienkäufer aus der blossen Tatsache des Kaufs der Aktie noch keine Verpflichtungen gegenüber der Aktiengesellschaft erwachsen, insbesondere nicht die, für eine noch nicht voll eingezahlte Aktie die restliche Einlage zu leisten.[4])

Nach dem oben S. 97 ff. Dargelegten ist die Anfechtung grundsätzlich auch dann zulässig, wenn die Verkäuferin der Aktie die Aktiengesellschaft selbst war, denn wenn und soweit der Käufer trotz entgegenstehender Gläubigerinteressen Schadensersatzansprüche wegen Betrugs gegen die Aktiengesellschaft geltend machen kann,

---

[1]) Lehmann R. A. II. S. 448. — E. R. 2, 134.

[2]) Vgl. Goldschmidt bei Holdheim 9, 158.

[3]) Vgl. E. R. 68, 309.

[4]) Vgl. Lehmann R. A. Bd. II S. 48, 389. — Renaud, Recht der Aktiengesellschaften S. 703 ff.

besteht kein Grund, ihn im Anfechtungsrechte zu beschränken und soweit er anfechten kann, kann er auch die Leistung der noch nicht voll eingezahlten Einlage verweigern.

Für den Fall des Kaufs einer Aktie von einem Dritten, wie in dem des Kaufs von der Aktiengesellschaft selbst ergeben sich aber Bedenken aus § 223 H.G.B. Hienach ist die Uebertragung einer auf den Namen lautenden Aktie im Aktienbuche zu vermerken und gilt im Verhältnis zu der Gesellschaft nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche eingetragen ist. Diesen treffen insbesondere auch die Verpflichtungen der §§ 219 ff. Es fragt sich, ob derjenige, der sich durch Betrug zum Aktienerwerb hat bestimmen und hierauf als Aktionär in das Aktienbuch eintragen lassen, trotzdem er dem Veräusserer gegenüber wegen Betrugs anfechten kann und angefochten hat, wegen seiner Eintragung in das Aktienbuch der Aktiengesellschaft gegenüber unanfechtbar verpflichtet bleibt. Das Reichsgericht E. R. 3, 163, 7, 87 und 41, 17 hat dies bejaht.[1])

In der letzt zitierten Entscheidung führt das Reichsgericht zur Begründung aus: „Der Beklagte hat hienach (durch die Eintragung in das Aktienbuch) der Gesellschaft gegenüber erklärt, er wolle nun die an den Besitz der Scheine geknüpften Rechte erwerben und die hiemit verbundenen Verpflichtungen auf sich nehmen unter Absehen von etwa aus dem Uebertragungsvertrage im Verhältnisse zwischen den hiebei Beteiligten anhaftenden Mängeln und die Gesellschaft hat diese Erklärung akzeptiert.“ Lehmann R. A. II S. 35 kommt zu demselben Ergebnis. Er sieht in der Anmeldung des Erwerbers zum Aktienbuch nur eine einseitige Erklärung des Erwerbers. „Soweit der Aktionär mitgliedschaftliche Ptlichten übernimmt, geschieht dies kraft einseitigen Rechtsakts, der dem Beitritt des Primitiverwerbers durchaus zur Seite steht.[2]) Insbesondere würde bei Namensaktien seine Anmeldung des Uebergangs zum Aktienbuche als solcher einseitiger Rechtsakt erscheinen, durch den er erklärt die gesetzlichen, bezw. statutarischen Ptlichten des Aktionärs zu tragen und sich dem Statute unterwerfen zu wollen. Der Erwerber der seine Eintragung als Aktionär bean-

[1]) Ebenso Lehmann R. A. II 36.

[2]) Ähnlich Wieland Z. f. H. Bd. 67 S. 26.

tragt hat, könnte sich daher der Aktiengesellschaft gegenüber nicht auf Mängel des Uebertragungsaktes berufen.“ Weder die Gründe des Reichsgerichts noch die Lehmanns sind überzeugend. Wenn das Reichsgericht E. R. 41, 17 meint, der Erwerber wolle der Aktiengesellschaft gegenüber durch seine Anmeldung zum Aktienbuch erklären, er wolle Rechte und Pflichten übernehmen unter Absehen von etwa aus dem Uebertragungsakte im Verhältnisse zwischen den hiebei Beteiligten anhaftenden Mängeln, so ist dies nur eine andere Ausdrucksweise für die Behauptungen Lehmanns und Wielands, dass die Anmeldung zum Aktienbuch, gleich wie die Zeichnung, eine für den Rechtsverkehr bestimmte und erhebliche unanfechtbare Kundgebung darstelle.[1]) Wie das Reichsgericht in seiner neuesten Entscheidung[2]) wohl richtig zum Ausdruck gebracht hat, kann der Nachweis für diese Behauptungen nur durch die Feststellung geführt werden, dass die Gläubigerinteressen diese Unanfechtbarkeit verlangen. Das Reichsgericht hat sie auch damit zu begründen versucht. Es ist hiebei aber auffallend, dass es nicht den Gegensatz zu seiner Entscheidung vom 7. Juli 1897 J. W. 97, 476 erwähnt, wo es ebenfalls unter Berufung auf die Gläubigerinteressen für eine Gesellschaft m. b. H. eine entgegengesetzte Ansicht entwickelt. Untersucht man diese Gläubigerinteressen, so ist zweifellos, dass jede neue Anmeldung zum Aktienbuch die Sicherheit der Gläubiger für das Zusammenbringen des Grundkapitals vergrössert, denn es tritt neben die bisher Haftenden ein neuer Schuldner, vgl. § 220 Abs. 1 und 2. Die Gesellschaftsgläubiger haben aber auf die Herbeiführung dieser Vergrösserung ihrer Sicherheit keinen Vertrauensschutz. Als sie ihre Gläubigerschaft begründeten, konnten und durften sie sich nicht darauf verlassen, dass neben den Zeichner durch Inverkehrtreten der nicht vollbezahlten Aktie eine Anzahl weiterer Schuldner trete. Ebenso wenig wie bezüglich der Herbeiführung einer vermehrten Sicherheit, sind sie aber gegen ihre Wiederaufhebung geschützt. Es trifft hier dasselbe Argument zu wie bei der Frage der Schadensersatzansprüche des Erwerbers eigener Aktien

[1]) Nach dem hier vertretenen Standpunkt würde auch die Analogie der Anmeldung zum Aktienbuche mit der in der Zeichnung enthaltenen Kundgebung keine absolute Unanfechtbarkeit der Anmeldung zum Aktienbuch ergeben, sondern nur die Unabhängigkeit von den Mängeln des Aktienerwerbes.

[2]) E. R. 72, 293.

der Aktiengesellschaft, nämlich, es wird die Gläubigerstellung durch eine solche Wiederaufhebung nicht verschlechtert, es wird nicht ein Vertrauensinteresse der Gläubiger verletzt, sondern ihnen ein nicht zu erwartender Vorteil wieder entzogen.[1]) Dies letztere bestreitet allerdings das Reichsgericht in seiner neuesten Entscheidung 72, 293 indem es ausführt: „Nach § 223 Abs. 3 gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuch eingetragen ist. Die Einlagebeträge sind gemäss § 218 ff. (vgl. 220 1 und 2) in erster Linie von dem im Aktienbuch Bezeichneten zu zahlen. Jeder Rechtsvorgänger haftet, wenn er überhaupt haftet, nur subsidiär. Könnte der Eingetragene sich damit verteidigen, dass er von seinem Vormann betrogen sei, so wäre die Einlage vielfach, weil der Vormann nicht mehr eingetragen ist, tatsächlich nicht einziehbar." Indessen ist dies nicht stichhaltig. Setzt man zunächst als bewiesen voraus, dass die Eintragung ins Aktienbuch anfechtbar ist, so ist, wenn die Anfechtung erfolgte, die Eintragung als nicht vorhanden anzusehen.[2]) Es gilt nun ohne weiteres der vorgehend ins Aktienbuch Eingetragene als zuletzt und prinzipal Haftender. Sind überhaupt keine Vormänner eingetragen, so kann es ganz dahin gestellt bleiben, ob die Gesellschaft in einem solchen Falle die Zustimmung der Vormänner zu ihrer Eintragung fordern kann,[3]) soweit diese die Aktie im Rechtsverkehr erworben haben. Das aber erscheint als sicher, dass dann der Zeichner der Aktie auf Grund seiner Zeichnung verhaftet blieb und als Haftender einseitig durch die Gesellschaft ins Aktienbuch eingetragen werden kann.[4]) Ein rechtlich geschütztes Interesse, dass ausser diesem, noch Andere für die Leistung der Einlage haften, haben die Gesellschaftsgläubiger nicht. Es ist deshalb kein Grund gegeben, die Anmeldung zum Aktienbuch für unanfechtbar zu erklären.[5])

Mit dieser Feststellung ist jedoch nicht behauptet, dass die Anfechtung des Erwerbs der Aktie im Verhältnis zwischen Erwerber und Veräusserer die erfolgte Anmeldung des Erwerbers zum Aktien-

[1]) Vgl. R. G. in J. W. 97, 476.

[2]) Vgl. Ritter § 223 Anm. 4 S. 276.

[3]) So Jakobi Wertpapiere S. 88.

[4]) Vgl. § 222 Abs., 1, 220 Abs. 2.

[5]) Ebenso Ritter § 223 Anm. 4 S. 276. — Staub § 223 Anm. 10 S. 756. — Lehmann-Ring § 223 Anm. 6 S. 452.

buch, bedeutungslos mache. Im Verhältnis zu der Gesellschaft ist nach § 223 Abs. 3 bezüglich des Aktienrechtes der Vermerk entscheidend. Ficht der Erwerber dem Veräusserer gegenüber den Aktienerwerb wegen Betrugs an, so berührt dies zunächst die Aktiengesellschaft überhaupt nicht. Der ins Aktienbuch eingetragene Erwerber haftet nach wie vor gegenüber der Aktiengesellschaft auf Grund der Fiktion des § 223 Abs. 3. Ebenso wenig wie sich der Nachweis führen lässt, dass die Anmeldung zum Aktienbuch notwendig unabhängig vom Erwerbsgeschäft ist, also auch bei Anfechtbarkeit des Erwerbsgeschäftes notwendig unanfechtbar sein müsse, ebenso wenig lässt es sich umgekehrt begründen, dass die Ungiltigkeit des Erwerbsgeschäftes notwendig die Nichtigkeit der Anmeldung zum Aktienbuche bewirkt. Es liegen zwei selbständige Rechtsgeschäfte vor. Wird der Aktienerwerber zur Anmeldung zum Aktienbuch betrügerisch durch Organe der Aktiengesellschaft oder durch Dritte mit Kenntnis oder verschuldeter Unkenntnis der Organe bestimmt, so kann er der Aktiengesellschaft gegenüber die Anmeldungserklärung anfechten. Das Erwerbsgeschäft mit seinen Gegenkontrahenten wird hiedurch nicht berührt. Es ist auch möglich, dass der Erwerber durch Betrug des Veräusserers zum Erwerb veranlasst wurde, ohne dass die Anmeldung zum Aktienbuch auf Täuschung beruht. Gerade dies ist der umstrittene Fall. Erfolgt die Anfechtung gegenüber dem Veräusserer, so ist die Rechtslage dieselbe, als ob der Erwerber niemals Aktionär gewesen wäre. Hat deshalb der Erwerber seinen vermeintlichen Erwerb der Aktiengesellschaft gegenüber durch Eintragung angemeldet, so hat er sich der Aktiengesellschaft gegenüber in einem nach § 119 Abs. 2 B.G.B. wesentlichen Irrtum über seine Aktionäreigenschaft befunden und kann deshalb auch der Gesellschaft gegenüber die Anmeldung anfechten.[1]) Mittelbar wirkt also Anfechtung des Erwerbs gegenüber dem Veräusserer auch gegenüber der Gesellschaft.

Hat der Betrogene die restliche Einlage der zur Zeit seines Erwerbs nicht voll einbezahlten Aktie geleistet und hat er die Anmeldung zum Aktienbuch angefochten, so ist die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt und gibt dem Betrogenen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Ebenso kann er aber auch wegen der ohne Grund erfolgten Leistung der restlichen Einlage nach

[1]) Vgl. Staub § 223 Anm. 10 S. 757.

allgemeinen Grundsätzen wegen Betrugs Schadensersatzansprüche geltend machen. Damit steht nicht in Widerspruch, dass er wegen des Aktienerwerbs in seinen Schadensersatzansprüchen gegen die Aktiengesellschaft beschränkt ist, den gezahlten Erwerbspreis also nicht in Konkurrenz mit den Gesellschaftsgläubigern von der Aktiengesellschaft zurückfordern darf, wenn er durch ihre Organe betrügerisch bestimmt wurde, von einem Dritten Aktien zu erwerben. Während in diesem letzteren Fall durch unbeschränkte Zulassung der Schadensersatzansprüche ein rechtlich geschütztes Vertrauensinteresse der Gesellschaftsgläubiger verletzt, ihnen jedenfalls wirtschaftlich eine Einlage dauernd und ersatzlos entzogen würde, wird ihnen im hier erörterten Fall durch die Schadensersatzansprüche nur ein unverdienter Vorteil wieder genommen, da, wie ausgeführt, den Gesellschaftsgläubigern bezw. der Gesellschaft stets die Haftung des Veräusserers oder mindestens des Zeichners bleibt.

VI. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 30.

Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Schaffung der Gesellschaft m. b. H. erreichen wollte, war einerseits derselbe, wie bei der Aktiengesellschaft, nämlich es sollte auch hier eine kapitalistische Vereinigung mit juristischer Persönlichkeit, in Anteile zerlegtem Kapital, und vor allem mit grundsätzlicher Beschränkung der Haftung sämtlicher Mitglieder geschaffen werden. Andererseits, und darin liegt die Abweichung von der Aktiengesellschaft, war diese Form für Vereinigung mit kleiner Mitgliederzahl berechnet und vor allem solchen Mitgliedern, die persönlich enger mit dem Unternehmen verbunden sind, als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist. Die rechtlichen Abweichungen, die sich hieraus von der Aktiengesellschaft ergeben müssen, bestehen vor allem darin, dass einerseits eine Reihe von Bevormundungsmassregeln hier als unnötig wegfallen konnten. Für die vorliegende Arbeit interessiert hier besonders die einfachere Ausgestaltung der Gründung. Ferner bewirkte die Hervorhebung des persönlichen Moments über das kapitalistische die Beschränkung der Veräusserung der Mitgliedschaftsrechte, die Möglichkeit weitere Verpflichtungen der Mitglieder zu begründen als die Einlageverpflichtung, Haftung für die Zahlungsfähigkeit der Mitgesellschafter und schliesslich noch die Möglichkeit einer Minorität von Mitgliedern die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen.

Die Berührungspunkte der Gesellschaft m. b. H. mit der Aktiengesellschaft überwiegen weit ihre Abweichungen von derselben. Die Gesellschaft m. b. H. ist eine Abart der Aktiengesellschaft. Der

Gesetzgeber hat dies dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er eine grosse Anzahl gerade der wichtigsten Bestimmungen mehr oder weniger wörtlich aus dem Aktienrecht in das Recht der Gesellschaft m. b. H. herübergenommen hat. Es werden deshalb, wie schon wiederholt angedeutet, die dort gefundenen Ergebnisse vielfach auf die Gesellschaft m. b. H. angewendet werden können.

Dies gilt zunächst für die wichtigste der hier zu erörternden Fragen, nämlich für die Anfechtung der Gründungsbeteiligungserklärung wegen Betrugs. Auch die Gesellschaft m. b. H. hat eine doppelte Grundlage, eine personenrechtliche und eine kapitalistische. Sie ist ebenfalls Personenvereinigung und personifiziertes Vermögen. Die Gründungsbeteiligungserklärung, die hier nur in der einen Form erfolgen kann, welcher bei der Aktiengesellschaft die Uebernahme entspricht (§ 188 H.G.B.), vgl. §§ 2, 3[1]) hat also auch hier eine doppelte Bedeutung. Sie ist auch hier Erklärung Gesellschaftsmitglied werden zu wollen (Beitrittsfunktion) und gleichzeitig Erklärung an den Rechtsverkehr, sich an der Aufbringung des vorgesehenen Gesellschaftsvermögens zu beteiligen (Haftungsfunktion). Diese doppelte Funktion der Gründungsbeteiligungserklärung tritt bei der Gesellschaft m. b. H. sogar viel schärfer hervor als bei der Aktiengesellschaft. Während bei der Aktiengesellschaft das Wort Aktie zugleich Ausdruck ist für die Haftsumme des Zeichners und für den Umfang seiner mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, bestehen bei der Gesellschaft m. b. H. verschiedene Bezeichnungen. Wer bei der Gesellschaft m. b. H. eine Gründungsbeteiligungserklärung abgibt, übernimmt zunächst „Stammanteile", sei es zum Nennwert, sei es zum Kurswert. Hierdurch ist ausgedrückt, dass er einen bestimmten Betrag des Stammkapitals einzulegen hat, die Stammanteile bedeuten seine ursprüngliche Haftsumme. Gleichzeitig wird er aber auch Inhaber eines „Geschäftsanteils" und damit Mitglied der Vereinigung, es wird ihm hiedurch im Innenverhältnis der Gesellschaft das Mass seiner gesellschaftlichen Rechte und Pflichten zugewiesen. Wie selbständig Geschäftsanteil und Stammeinlage von einander sein können, zeigt sich schon darin, dass sich nur im Zweifel, nicht aber notwendig der Geschäftsanteil nach dem

[1]) Die ohne näheren Angaben zitierten Paragraphen beziehen sich in diesem Abschnitt auf das Gesetz vom 20. V. 1898 Neuredaktion des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Verhältnis der Stammeinlage zum Stammkapital bestimmt.[1]) Es kann deshalb hier mit noch viel grösserer Sicherheit als bei der Aktiengesellschaft festgestellt werden, dass die Gründungsbeteiligungserklärung bei der Gesellschaft m. b. H. in ihren verschiedenen Funktionen, hinsichtlich der Anfechtbarkeit wegen Betrugs, verschiedenen Schicksalen unterliegen kann.

Die Gründe, warum die Gründungsbeteiligungserklärung eine für den Rechtsverkehr bestimmte, im Gläubigerinteresse grundsätzlich unanfechtbare Kundgebung enthält, sind dieselben wie bei der Aktiengesellschaft.[2]) Auch hier hat das Gesetz eine Reihe von Garantiebestimmungen in derselben Richtung wie bei der Aktiengesellschaft aufgestellt. Die Beschränkung des Anfechtungsrechtes besteht deshalb in demselben Umfang wie bei der Aktiengesellschaft. Die Anfechtbarkeit der Beteiligungserklärung in ihrer Funktion als Mitgliedschaftserwerb bei gleichzeitiger grundsätzlicher Unanfechtbarkeit in ihrer Eigenschaft als Haftungserklärung ist bei der Gesellschaft m. b. H. von viel grösserer Bedeutung als bei der Aktiengesellschaft, weil das persönliche Band der Gesellschafter ein engeres ist. Es kommen hier vor allem in Betracht:

1) Die Bestimmungen des § 24 (vgl. auch § 31 Abs. 3) wonach die übrigen Gesellschafter für den Fehlbetrag haften, soweit er von einem Mitglied nicht erlangt werden kann.

2) Es kann die Satzung allen oder einzelnen Mitgliedern noch andere als die Einlageverpflichtung auferlegen und zwar nicht blos wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen wie bei der Aktiengesellschaft (§ 212 H.G.B.) sondern auch einmalige und Geldleistungen § 3 Abs. 2.

3) Es kann in der Satzung vorgesehen werden, dass durch Beschluss der Gesellschafter Nachschüsse eingefordert werden können §§ 26 ff.

Was die Bestimmung unter Ziffer 1 betrifft, so dient sie ohne Zweifel den Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Sie soll ein Gegengewicht bilden gegen die geringe Ueberwachung des Gründungsvorgangs. Diese Garantie darf den Gläubigern nicht entzogen werden. Es kann deshalb der Gesellschafter, wenn er aus dieser

[1]) Vgl. §§ 29 Abs. 2, 47 Abs. 2, 72.

[2]) Vgl. oben S. 61 ff. — Staub-Hachenburg § 2 An. 34 S. 47. — R. G. in J. W. 99, 306. — R. G. in J. W. 99, 563 No. 33. — R. G. in L. Z. 08, 600 No. 32.

Haftung herangezogen wird, vor Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger der Gesellschaft gegenüber nicht einwenden, er sei durch Betrug zum Beitritt zu der Gesellschaft bestimmt worden. Die Erklärung, eine Stammeinlage zu übernehmen, enthält gleichzeitig kraft Gesetzes auch die Erklärung für die Einzahlung der Stammeinlagen der Mitgesellschafter zu haften. Sie ist in der Kundgebung an die Aussenwelt mitenthalten, ein Annex der Haftungserklärung bezüglich der eigenen Stammeinlage und daher ebenso wie diese, der Anfechtung entzogen.

Zweifelhafter ist der Charakter einer evtl. Nachschussverpflichtung (vgl. Ziffer 3). Das Gesetz hat mit Bezug auf diese Nachschussverpflichtungen zweifellose Schutzbestimmungen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger getroffen. Nach § 30 Abs. 2 können eingezahlte Nachschüsse nur insoweit an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, als das Stammkapital voll gedeckt ist und auch in diesem Fall muss der Rückzahlungsbeschluss veröffentlicht werden und darf erst 3 Monate nach seiner Bekanntmachung vollzogen werden. § 30 Abs. 2 Satz 3. Die Nachschusspflicht dient also auch den Interessen der Gläubiger. Begründen diese, dass auch diese Nachschussverpflichtung unter den unanfechtbaren Teil der Beitrittserklärung fällt? Dies wird man verneinen müssen. Vor allem[1]) wird bei der Gesellschaft m. b. H. durch den Gesellschaftsvertrag niemals selbst die Nachschusspflicht begründet, sondern es kann höchstens im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass später durch besonderen Gesellschaftsbeschluss die Nachschusspflicht eingeführt werden darf. Ob aber die Gesellschaft dies tun will, ist ihr freier Wille, die Gläubiger können einen solchen Beschluss in keiner Weise erzwingen. Es wird auch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach eine Nachschussverpflichtung vorgesehen wird, weder öffentlich bekannt gemacht, noch kommt sie in der Firma zum Ausdruck. Man muss deshalb annehmen, dass es sich hier nicht um eine kundgegebene, sondern um eine rein interne Mitgliedschaftsverpflichtung handelt, die mit der Mitgliedschaft selbst anfechtbar ist.

Es kann dies auch festgestellt werden für die unter Ziffer 2)

[1]) Und darin liegt der wesentliche Unterschied von der evtl. Nachschusspflicht der Genossen einer Genossenschaft.

erwähnten Nebenleistungen.[1]) Sie haben interne Bedeutung Die Gläubiger werden hiedurch nicht oder nur mittelbar berührt. Gerade diese Nebenverpflichtungen können bei der Gesellschaft m.b.H. zur Hauptsache werden. Man denke nur daran, dass Kartelle und Trusts sehr häufig die juristische Form einer Gesellschaft m b. H. annehmen. Hier wird Anfechtbarkeit der Beitrittserklärung in ihrer rein mitgliedschaftlichen Funktion zur dringenden Notwendigkeit. Es bestehen keine hinreichenden Gründe, diese Anfechtbarkeit zu verneinen. Die Annahme, dass es dem Gesellschafter, der durch Betrug zum Beitritt bestimmt worden ist, gestattet sein muss, seine Mitgliedschaft anzufechten, wird noch dadurch befestigt, dass ein Mitglied, bezw. eine Minorität aus wichtigen Gründen die Gesellschaft kündigen kann. Hiedurch nähert sich die Gesellschaft m. b. H. den Personalhandelsgesellschaften. Ein solcher wichtiger Grund kann wegen der grösseren Bedeutung die bei der Gesellschaft m. b. H. der Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters zukommt, auch dann gegeben sein, wenn ein Gesellschafter von einem andern durch Betrug zum Beitritt zu der Gesellschaft bestimmt wurde.[2]) Die Frage ob die Anfechtung eines Mitgliedes die eingetragene Gesellschaft nichtig machen kann ist wie bei der Aktiengesellschaft zu verneinen, da die hier einschlägigen §§ 75 nur eine Nachbildung der §§ 309 ff. H.G.B. sind.

Es ist nicht nur die Gründungsbeteiligungserklärung bei der Gesellschaft m. b. H. ganz analog der Zeichnung bei der Aktiengesellschaft zu behandeln, sondern es entspricht auch im übrigen der Gründungsvorgang dem der Aktiengesellschaft. Die Fälle der qualifizierten Gründung sind hier reduziert. Als solche gilt die Gründung nur dann, wenn Gesellschafter Stammeinlagen machen, die nicht in Geld zu leisten sind, oder wenn die Vergütung für Vermögensgegenstände, welche die Gesellschaft übernimmt, auf die Stammeinlage anzurechnen sind. § 5 Abs. 4 (vgl. auch § 10 Abs. 3). Im ersteren Fall liegt eine Sacheinlage vor, für welche nichts von Aktiengesellschaft Abweichendes gilt, im letzteren Fall eine sog. Uebernahme. Wie Staub-Hachenburg § 5 Anm. 35 ff. S. 99 nachweist, sind bei der Gesellschaft m. b. H. Uebernahmen nur zulässig,

[1]) Vgl. Lehmann Lehrb. d. Handelsrechte § 98,5 S. 464.

[2]) Vgl. Hachenburg in L. Z. 08 S. 650. — Staub-Hachenburg § 61 An 7. S. 547.

wenn sie im Gesellschaftsvertrag mit einem Gesellschafter vereinbart sind und zwar entweder gemäss § 5 Abs. 4 oder gemäss § 3 Abs. 2. Die rechtliche Natur und damit die Anfechtbarkeit ist in beiden Fällen verschieden. Im ersteren Fall handelt es sich jedenfalls zugleich auch um eine Sacheinlage.[1]) Es gelten deshalb für solche „Uebernahmen" bei Geltendmachung von Rechten aus Betrug die hiefür festgestellten Beschränkungen. Im 2. Fall aber liegt eine interne mitgliedschaftliche Vereinbarung vor, die nach der hier vertretenen Auffassung angefochten werden kann.

Nichts besonderes gilt für die betrügerische Erhöhung des Stammkapitals. Ebenso sind im wesentlichen die obligatorischen Ansprüche des Betrogenen gleich wie bei der Aktiengesellschaft zu behandeln. Dies gilt vor allem für die Ansprüche des durch Betrug der Gründer oder Organe der Gesellschaft zum Beitritt bestimmten Gesellschafters gegen die Gesellschaft. Analog wie das Aktienrecht hat auch das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. Bestimmungen die die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens bezwecken.[2]) Auch hier sollen hiedurch nur die Gesellschaftsgläubiger geschützt werden.[3]) Es kommen hier in Betracht die §§ 30, 33, 58. Das Prinzip ist dasselbe wie bei der Aktiengesellschaft Die obligatorischen Ansprüche des betrogenen Gesellschafters, die wirtschaftlich eine Rückzahlung seiner Einlage bedeuten, gleichgiltig ob es Gläubigeransprüche oder gesellschaftliche sind, sind ausgeschlossen, soweit sie die rechtlich geschützten Gläubigerinteressen verletzen würden. Ein Unterschied von der Aktiengesellschaft besteht nur darin, dass diese Gläubigerinteressen in geringerem Umfang als bei der Aktiengesellschaft rechtlichen Schutz gefunden haben, insofern bei der Gesellschaft m. b. H. eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter in weiterem Umfange möglich ist als bei der Aktiengesellschaft.[4])

Weitere Abweichungen von der Aktiengesellschaft ergeben sich insofern, als bei der Gesellschaft m. b. H. für eine besondere Haftung aus der Gründung nur die Bestimmung in Betracht kommt, dass

[1]) Staub H.G.B. § 279 Einl. S. 954. — Makower § 279 1b S. 772. — E.R. 4, 24.

[2]) Vgl. E.R. 68, 309.

[3]) Vgl. oben S. 83 ff.

[4]) Vgl. § 30, der im Prinzip, nicht aber nach dem Umfange der hiedurch ausgedrückten Garantie der Gläubiger dem § 213 H.G.B. entspricht.

die Anmeldenden gegenüber der Gesellschaft solidarisch für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen haften. § 9 Abs. 1 mit § 7 Abs. 2. Weitere besondere Haftungsgrundsätze bestehen hier nicht. Grundsätzlich sind die Geschäftsführer die Anmeldenden. Durch § 9 Abs. 1 wird die Haftung der Anmeldenden für den dort vorgesehenen Tatbestand erschöpfend geregelt. Es tritt daher hieraus weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber anderen Personen eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen ein.[1]) Dagegen sind die anmeldenden Geschäftsführer für Pflichverletzungen anderer Art, die sie bei der Gründung begehen, nach § 43 Abs. 2 haftbar. § 43 Abs. 2 ist auch auf die Organe vor Eintragung der Gesellschaft anwendbar.[2]) Auch den Gesellschaftern, gegenwärtigen wie zukünftigen, nebst den Gläubigern haften die anmeldenden Geschäftsführer, soweit es sich um einen im § 9 Abs. 1 nicht geregelten Tatbestand handelt nach allgemeinen Grundsätzen. Da für die Gründer als solche keine besondere Haftung besteht, so können die allgemeinen Grundsätze unbeschränkte Anwendung finden.[3]) Hiebei ist weiter zu beachten, dass die Gründer die Organe der entstehenden Gesellschaft sind. Die Gesellschaft ist das Produkt der Tätigkeit der Gründer. Rechte und Pflichten die hiedurch entstehen, werden Rechte und Pflichten der Gesellschaft. Handeln deshalb die Gründer arglistig so, dass hiedurch die Gesellschaft belastet wird, so verletzen die Gründer ihre Gesellschaftsverpflichtungen und haften der Gesellschaft mit der actio pro socio. Wie weit diese Gesellschaftsverpflichtung zur Prüfung des Gründungsvorgangs reicht, insbesondere wie weit die Gründer für Fahrlässigkeiten haften, ist nicht unzweifelhaft.[4]) Wenn man jedoch den Rechtsgrund der Haftung der Gründer gegenüber der Gesellschaft in der actio pro socio sieht, so erscheint es inkonsequent, die Gründer nur für Arglist haften zu lassen (so Staub-H. § 9 An. 28 S. 133). Wer als Gründer einer Gesellschaft auftritt, von dem kann man verlangen, dass er seine Tätigkeit mit derselben Sorgfalt vornehme, wie er sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (B.G.B. § 708). Wie gegenüber der

[1]) Vgl. Staub-Hachenburg § 9 An. 2 S. 128.
[2]) Staub-Hachenburg § 9 An. 22 ff. S. 132.
[3]) Vgl. hierüber Staub-Hachenburg § 9 An. 28 ff. S. 133.
[4]) Vgl. hierüber Lehmann R.A. I. S. 459.

Gesellschaft werden die betrügerischen Gründer auch ihren Mitgründern mit der actio pro socio verhaftet,[1]) wenn sie, wie dies in der Regel der Fall sein wird, mit diesen in einem Gesellschaftsverhältnis stehen. Selbstverständlich können aber die betrügerischen Gründer einwenden, dass die Mitglieder keinen Schaden mehr erleiden, insoweit sie den Schaden der Gesellschaft gegenüber ersetzt haben. Ein rechtliches Verhältnis zwischen Gründern und Gesellschaftsgläubigern oder zukünftigen Gesellschaftern besteht überhaupt nicht. Mit der actio pro socio kann also hier nicht operiert werden. Einen Schadensersatzanspruch können diese deshalb nur aus unerlaubter Handlung herleiten. Betrachtet man die Gründungsvorschriften als Schutzbestimmungen, die in ihrem Interesse erlassen sind, so haben sie in § 823 Abs. 2 B.G.B. ein leichtes Klagefundament. Man kann indessen mit Recht zweifeln, ob man nicht annehmen muss, dass diese Schutzbestimmungen in erster Linie im Interesse der zu errichtenden Gesellschaft getroffen worden sind und nur mittelbar im Interesse aller zukünftigen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger. So lässt es sich dann auch begründen, dass diese keine Ansprüche aus § 823 Abs. 2 B.G.B. gegen die Gründer haben.[2])

Es können auch die Gläubiger denjenigen Schaden ersetzt verlangen, der ihnen aus besonderem Rechtsgrund erwächst, z. B. wenn sie durch Betrug der Gründer veranlasst werden, der Gesellschaft Kredit zu gewähren (B.G.B. § 826). Die interne Ausgleichung unter den Gründern bestimmt sich nach § 426 B.G.B. Sehr häufig haben die Gründer unter einander und mit Dritten Vorverträge abgeschlossen, deren Zweck die Vorbereitung der Gründung einer Gesellschaft m. b. H. war. Dann können sich aus diesem Vertragsverhältniss Ansprüche ergeben.

Die Abtretung des Mitgliedschaftsrechtes ist wesentlich verschieden geregelt von der Abtretung der Aktie. Es ist notwendig gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Abtretungsvertrags, wie des vorausgegangenen Causalgeschäfts. § 15. Beide Verträge sind zweifellos unter den Vertragschliessenden anfechtbar. Eine dem § 233 Abs. 3 H.G.B analoge Bestimmung enthält § 16 Abs. 1. Ebenso-

[1]) a. A. Lehmann R. A. I. S. 461.

[2]) So Staub-Hachenburg § 9 An. 29 S. 134. — Lehmann R. A. I. S. 461. — a. A. R.G. bei Holdheim 10, 142.

wenig wie die Eintragung ins Aktienbuch bewirkt die hier vorgesehene Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft, die Unanfechtbarkeit der durch die Anmeldung der Gesellschaft gegenüber eingegangenen Verpflichtung auf Leistung der Einlage.[1])

Eine bei der Aktiengesellschaft nicht vorgesehene Art des Mitgliedschaftserwerbs ist die durch Teilung des Geschäftsanteils § 17. Hiefür gilt hier nichts Besonderes.

[1]) Vgl. oben S. 117 ff. — R.G. in J.W. 97, 476. — Vgl. Staub § 16 An. 26 S. 134.

VII. Betrügerischer Abschluss des Vertrags einer Komanditaktiengesellschaft.

§ 31.

Die herrschende Lehre betrachtet heute die Kommanditaktiengesellschaft als eine Abart der Aktiengesellschaft.[1]) Sie ist eine Vereinigung von unbeschränkt haftenden Mitgliedern und Aktionären. Grundsätzlich gelten für diese Gesellschaft die Vorschriften über die Aktiengesellschaft § 320 Abs. 3 H.G.B., Abweichungen hievon ergeben sich aus der Stellung der Komplementare. Da diese unbeschränkt haften, so sind sie enger mit der Gesellschaft verbunden als die Aktionäre und haben auch mehr Rechte und Pflichten als diese. Für diese Komplementare gelten im wesentlichen die Vorschriften über die Komplementare einer Kommanditgesellschaft. § 320 Abs. 2 H.G.B. Die Vorschriften der Aktiengesellschaft gelten vor allem für die Gründung der Gesellschaft. Die Beteiligungserklärungen der Aktionäre der Kommanditaktiengesellschaft sind in demselben Umfange der Anfechtung entzogen, wie die der Aktionäre einer Aktiengesellschaft, denn es treffen die für die Aktiengesellschaft

[1]) Vgl. Lehmann Lehrb. des Handelsrechts § 95 I. S. 451. — Hahn-Mugdan VI. S. 336. — Staub § 320 An. 2 S. 1062. — Lehmann-Ring § 320 An. 1 S. 637 — Makower § 320 II S. 885. — Pinner § 320 III S. 341. — a. A. Cosack § 123 I 1 S. 692.

ausgeführten Gründe für die grundsätzliche Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärungen auch für die Kommanditaktiengesellschaft zu.[1])

Ebenso sind obligatorische Ansprüche der Aktionäre wegen betrügerischer Bestimmung zum Beitritt zu der Gesellschaft denselben Beschränkungen unterworfen wie bei der Aktiengesellschaft. Die Beteiligungserklärung eines Komplementars ist ebenso unanfechtbar wie die eines Komplementars einer Kommanditgesellschaft. § 320 Abs. 2. H.G.B. Es bleibt der Komplementar also jedenfalls trotz seiner Anfechtung des Gesellschaftsvertrags auf Grund seiner Kundgebung den bisherigen Gläubigern verhaftet. Dagegen wird durch die Anfechtung das Mitgliedschaftsverhältnis rückwirkend vernichtet, und der Komplementar kann seine Einlagen zurückfordern. Eine Ausnahme besteht hievon jedoch dann, wenn der Komplementar seine Einlage auf das Grundkapital gemacht hat. Das Gesetz betrachtet dies als die Regel § 322 Abs. 2. H.G.B. Dann kann er seine Einlage nur soweit zurückfordern, als dies ein Aktionär kann.

Ist die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden, so kann weder die Anfechtung eines Aktionärs, noch die eines Komplementars die Nichtigkeit der Gesellschaft herbeiführen, da die Nichtigkeitsgründe der Gesellschaft ebenso wie bei der Aktiengesellschaft beschränkt sind. § 320 Abs. 3 mit § 309 H.G.B. Dagegen ist § 330 H.G.B. zu beachten. Hienach kann auf Antrag eines Komplementars oder des Kommanditistenmehrheitsverbands das Gericht die Auflösung der Gesellschaft aussprechen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher wichtiger Grund kann auch vorliegen, wenn ein Komplementar oder die Kommanditisten durch Betrug zum Beitritt zu der Gesellschaft bestimmt wurden. Ist ein Komplementar der Betrogene, so rechtfertigt sich diese Annahme durch das enge persönliche Verhältnis, welches ihn mit der Gesellschaft verbindet, insbesondere auch durch seine unbeschränkte Haftung, ist er der Betrüger, dadurch, dass der Komplementar kraft eigenen Rechts Verwaltung und Vertretung der Gesellschaft hat.

Keine Abweichungen von der Aktiengesellschaft ergeben sich für die vorliegende Arbeit für die Uebertragung der Aktien, Erhöhung des Grundkapitals, qualifizierte Gründung.

Hervorzuheben ist dagegen noch als eine Besonderheit der

---

[1]) Vgl. R.O.H.G. 5,417. E.R. 7,86.

Kommanditaktiengesellschaft, dass die Komplementare notwendig Gründer sind § 321 Abs. 1, H.G.B. und deshalb als solche haften. Da die Komplementare auch an die Stelle des Vorstandes der Aktiengesellschaft treten, so haften sie stets auch als solcher für Betrügereien bei der Gründung.

Für den Neueintritt eines Komplementars gilt dasselbe wie für den Neueintritt eines Komplementars einer Kommanditgesellschaft, bezw. eines offenen Handelsgesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft.